

München, 1960

**Die Anwartschaft
aus der Auflassung**

Robert Mayer



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Anwartschaft aus der Auflassung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Robert Mayer
aus Altötting

1960



5349/60

Referent: Professor Dr. Hermann KRAUSE
Correferent: Professor Dr. Murad FERID

Tag der mündlichen Prüfung: 25.2.1960
(Schlussberatung)

I N H A L T S Ü B E R S I C H T

	Seite
EINLEITUNG	
§ 1 Die Ausgangslage für die Anwartschaft aus der Auflassung	17
I. Formproblem und mittelbarer Beurkundungszwang	
II. Der Eintritt der Bindung der Beteiligten	18
III. Die Auflassung und § 894 ZPO	19
I. ABSCHNITT	
Der Rechtszustand zwischen Auflassung und Eintragung	
§ 2 Die Bindung der Veräussererseite nach der Auflassung	21
I. Der Begriff "Gebundensein"	21
II. Das Weiterwirken der Bindung auf den Erben des Veräusserers	22
1. Die materielle Rechtslage	
2. Das grundbuchamtliche Verfahren	
3. Auflassungsanwartschaft und Verfügungsbeschränkungen des Erben	
III. Weiterwirken der Bindung auf den Vermögensübernehmer?	24
IV. Weiterwirken der Bindung auf den Einzelnachfolger?	25
§ 3 Die Rechtsstellung des Erwerbers	25
I. Das Recht auf Eintragung gegenüber dem Grundbuchamt	25
1. § 13 Abs. II GBO normiert die Voraussetzung der Zulässigkeit des Eintragungsantrags - keine Prüfung der materiellen Rechtslage für die Antragsberechtigung - das Antragsrecht kein Ausfluss der Auflassung	
2. Der öffentlich-rechtliche Anspruch gegen das Grundbuchamt auf Vornahme der Eintragung bei Vorliegen aller Eintragungsvoraussetzungen - Grundlage dieses Anspruchs im formellen Recht - Berücksichtigung von Veränderungen der materiellen Rechtslage während des Eintragungsverfahrens	
II. Das Recht auf Herbeiführung des Eigentumserwerbs als materielles Recht gegenüber dem Veräusserer	27

1. Die Erscheinungsformen der Anwartschaft: die Herbeiführung des Eigentumserwerbs durch Antragstellung - Erwerb mit Zeitablauf nach Eingang des Eintragungsantrags
2. Rechtfertigung des mit dem Erwerb verbundenen Eingriffs in das Eigentum des Veräußerers
 - a) Keine Grundlage im Kausalgeschäft
 - b) Einwilligung des Veräußerers in der Auflassung
 - c) Subjektives Recht des Auflassungsempfängers auf Herbeiführung des Eigentumserwerbs - Gegenmeinungen
3. Das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung weder Gestaltungs- noch Aneignungsrecht
4. Die Vererblichkeit des Anwartschaftsrechts - Probleme der grundbuchrechtlichen Behandlung

III. Besondere Vereinbarungen zwischen Veräußerer und Erwerber über den Zeitpunkt der Herbeiführung des Eigentumserwerbs 34

1. Unmöglichkeit der Zug-um-Zug-Erfüllung - Ausweg durch besondere Vereinbarung über den Zeitpunkt der Antragstellung
2. Deutung dieser Vereinbarung
3. Keine Bindung des Erwerbers des Anwartschaftsrechts an diese Vereinbarung

§ 4 Anwartschaftsrecht und kausales Schuldverhältnis 38

I. Die Erklärung der Auflassung als Erfüllung der Schuldnerschuld

1. Die Hauptverpflichtung des Grundstücksverkäufers
2. Die Nebenansprüche aus dem Grundgeschäft - Ausschluss gesonderter Abtretbarkeit

II. Das Nebeneinanderbestehen von Anwartschaftsrecht und dem der dinglichen Rechtsstellung zugrunde liegenden Schuldverhältnis 40

1. Die Rechtsstellung des Erwerbers nach der Auflassung weist schuld- und sachenrechtliche Elemente auf - Verhältnis zueinander

2. Die Aussicht auf Erwerb eines schuldrechtlichen Anspruchs infolge Heilung des formnichtigen Grundstücksgeschäfts (§ 313 Satz 2 BGB) läuft parallel mit der Erwerbsaussicht aus dem Anwartschaftsrecht

II. ABSCHNITT

Das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung in seiner Wirkung gegenüber Dritten. 46

§ 5 Zerstörung des Anwartschaftsrechts infolge zwischenzeitlichen Erwerbs des Grundstücks durch Dritte

I. Die Rechtslage bei zwischenzeitlicher Grundstücksveräußerung 46

1. Die Möglichkeit zwischenzeitlicher Veräußerung des Grundstücks - Ausschluss des Erwerbs des Anwartschaftsberechtigten nach Eintragung des Dritten aus formell- und materiellrechtlichen Gründen

2. Das Für- und Wider dieser Regelung - Unabänderlichkeit de lege lata

II. Das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung ein absolutes Recht? 50
Die Möglichkeit der Begründung mehrerer Anwartschaftsrechte nebeneinander - kein Rangverhältnis - Geltung des Präventionsprinzips - Fehlen einer allgemeinen Unterlassungspflicht

§ 6 Die Rechte des Anwartschaftsberechtigten bei sonstigen Störungen 56

I. Widerrechtliche Inbesitznahme des Grundstücks durch Dritte

II. Schädigende Einwirkungen Dritter auf das Grundstück 57

III. ABSCHNITT

Das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung als Gegenstand eines Verfügungsgeschäfts 58

§ 7 Die Übertragung des Anwartschaftsrechts auf einen Dritten

I. Der Zweck der Übertragung 58

II. Die Rechtsprobleme der Übertragung 59

	1. Unmittelbarer Erwerb als notwendige Folge der Übertragung des Anwartschaftsrechts	
	2. Grundsätzliche Einwendungen - Behandlung des Anwartschaftsrechts aus aufschiebend bedingter Fahnisübereignung	
	3. Ausschluss der Übertragbarkeit des Anwartschaftsrechts bei Bestellung dinglicher Rechte im Zusammenhang mit der Grundstücksübereignung	
	4. Bedeutung der "Übertragung" des Anwartschaftsrechts in diesem Fall	
III.	Die Form der Übertragung des Anwartschaftsrechts	67
	1. Einhaltung des § 925 I, 1 BGB für die Übertragung künftigen Eigentums	
	2. Übertragung durch Auflassung	
	3. Kein dinglicher Anspruch auf Aushändigung der notariellen Auflassungsurkunde	
IV.	Die Mitabtretung schuldrechtlicher Nebenansprüche	68
	1. Zweck	
	2. Vorschlag für die Beurkundungsart	
V.	Die Kettenauflassung	70
	Die beiden Lösungsmöglichkeiten	
	1. Kettenauflassung und allgemeines Immobiliarsachenrecht	
	2. Das Verfahren beim Grundbuchamt bei Kettenauflassungen	
§ 8	Verpfändung und Pfändung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung	81
I.	Gemeinsame Probleme	
	1. Das Anwartschaftsrecht als alleiniger Gegenstand einer Zwangsvollstreckung	
	2. Die Entstehung einer Surrogationshypothek als Rechtsfolge	
	3. Rangverhältnis von Restkaufgeld- u. Surrogationshypothek	
	4. Pfändung und Verpfändung des Anwartschaftsrechts und Auflassungsvormerkung	
	5. Antragsrecht des Pfandgläubigers nach § 13 Abs. II GBO	
II.	Die Verpfändung des Anwartschaftsrechts	93
	1. Art und Weise der Vornahme	
	2. Rechtsverhältnis zwischen Pfandgläubiger und Erwerber	
	3. Die Übertragung des Anwartschaftsrechts nach der Verpfändung	

4. Die Rechtsstellung des Pfandgläubigers gegenüber dem Veräußerer
5. Die Rechtslage bei mehrfacher Verpfändung des Anwartschaftsrechts

III. Die Pfändung des Anwartschaftsrechts 99

1. Art und Weise der Durchführung
2. Die Verwertung des gepfändeten Anwartschaftsrechts
3. Die Antragsbefugnis von Schuldner und Veräußerer

IV. ABSCHNITT

Das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung in Konkurs und Zwangs- versteigerung 105

§ 9 Grundsatzfragen

§ 10 Das Anwartschaftsrecht im Konkurs 106

- I. Die Rechtslage bei Konkurseröffnung vor Stellung des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt 106
- II. Die Rechtslage bei Konkurseröffnung nachher 106

§ 11 Die Rechte des Auflassungsempfängers im Zwangsversteigerungs- verfahren 108

- I. Beschlagnahme vor Eingang des Eintragungsantrags 108
- II. Beschlagnahme nach Eingang des Eintragungsantrags 109
- III. Der Besitz am Grundstück - ein die Zwangsversteigerung hinderndes Recht? 109

ZUSAMMENFASSUNG

A B K Ü R Z U N G E N

A.A.	= Anderer Ansicht
a.a.O.	= am angegebenen Ort
Abs.	= Absatz
Abt.	= Abteilung
AcP	= Archiv für die civilistische Praxis (Band und Seite)
a.E.	= am Ende
a.F.	= alte Fassung
allg.	= allgemein
Allg. Teil (AT)	= Allgemeiner Teil (bei Lehrbüchern)
ALR	= Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten vom 1.6.1794
Anm.	= Anmerkung
arg.	= argumento (zum Beweis)
Art.	= Artikel
AVO	= Ausführungsverordnung
BayAVO	= Bayrische Ausführungsverordnung
BayJMBL	= Bayrisches Justizministerialblatt (Jahrgang und Seite)
BayObLG	= Bayrisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	= Entscheidungen des Bayrischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen (Neue Folge ab 1951 Jahrgang und Seite) bis 1935 Band und Seite
Bd.	= Band
Bes. Teil	= Besonderer Teil (bei Lehrbüchern)
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band und Seite)
DNotZ	= Deutsche Notar-Zeitschrift (Jahrgang und Seite)
EGBG	= Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
f.	= folgende nächste Seite oder Paragraph
ff.	= folgende mehrere Seiten oder Paragraphen
FGG	= Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fussn.	= Fussnote
GBO	= Grundbuchordnung
GBV	= Grundbuchverfügung (Allgemeine Verfügung über die Einrichtung und Führung des Grundbuchs vom 8. 8. 1935)
gem.	= gemäss
GG	= Grundgesetz

Gruch. Beitr.	= Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
GVBl.	= Gesetz- und Verordnungsblatt
Halbbd.	= Halbband (bei Lehrbüchern)
h. M.	= herrschende Meinung
HRR	= Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr und Nummer)
insbes.	= insbesondere
i. S.	= im Sinne
i. V.	= in Verbindung
JFG	= Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Band und Seite)
JMBL. NRW	= Justizministerialblatt für das Land Nordrhein-Westfalen
JR	= Juristische Rundschau (Jahrgang und Seite)
JW	= Juristische Wochenschrift (Jahrgang und Seite)
JZ	= Juristenzeitung (Jahrgang und Seite)
KG	= Kammergericht
KGJ	= Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts, Abteilung A = Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Band und Seite)
KO	= Konkursordnung
KostO	= Reichskostenordnung
LG	= Landgericht
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahrgang und Seite)
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift (Jahrgang und Seite)
Nr.	= Nummer
OLG	= Oberlandesgericht (mit nachfolgendem Ortsnamen) und Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Band und Seite)
Pl. Nr.	= Plannummer
RG	= Reichsgericht
RGRK	= Kommentar der Reichsgerichtsräte zum Bürgerlichen Gesetzbuch
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band und Seite)
Rspr.	= Rechtsprechung
S.	= Seite
Seuff. Arch.	= Seufferts Archiv für Entscheidungen oberster Gerichte (Band und Seite)
u.	= und
Verf.	= Anmerkung des Verfassers in wörtlichem Zitat
vgl.	= vergleiche

Vorb.	=	Vorbemerkung
Ziff.	=	Ziffer
ZPO	=	Zivilprozessordnung
ZVG	=	Zwangsversteigerungsgesetz
ZZP	=	Zeitschrift für Zivilprozess (Band und Seite)

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- BAUKNECHT, Anmerkung zum Urteil des LG Köln vom 12.8.1954
- abgedruckt in NJW 1954, 1773 - in NJW 1954,
1773 - 1774.
- Eigentumsvorbehalt und Anwartschaftsrecht, in NJW
1955, 1251 - 1255.
- Das Anwartschaftsrecht aus der bedingten Übereignung
im Konkurse, in NJW 1956, 1177 - 1181.
- BAUMBACH-LAUTERBACH, Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, München-
Berlin, 25. Auflage 1958; zitiert Baumbach-Lauter-
bach.
- BÖHLE-STAMMSCHRÄDER, Konkursordnung, Kurzkommentar, München-Berlin,
5. Auflage 1958; zitiert Böhle-Stamschräder.
- DEMPEWOLF, GÜNTER, Der Rückübertragungsanspruch bei Sicherungsgrund-
schulden als Kreditsicherungsmittel, in NJW 1957,
1257 - 1261.
- DIEHL, FRIEDRICH, Anmerkung zum Beschluss des OLG Celle vom
11.4.1958 - abgedruckt in NJW 1958, 1095 - in
NJW 1958, 1496 - 1497.
- ENDEMANN, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band II, Teil 1,
Berlin, 8./9. Auflage 1905; zitiert Endemann.
- ENNECCERUS-LEHMANN, Recht der Schuldverhältnisse, ein Lehrbuch, Tübingen,
15. Bearbeitung 1958.
- ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, ein Lehr-
buch, Halbband I 15. Auflage 1959; Halbband II
14. Auflage 1955.
- ERMAN-GOERKE, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Mün-
ster (Westf.), 2. Auflage 1958; §§ 854 - 924 BGB
bearbeitet von Westermann, zitiert Erman-West-
ermann; §§ 925 - 928 BGB bearbeitet von Ronke, zi-
tiert Erman-Ronke.
- FRAEB, Gibt es eine Auflassungsvormerkung für den Pfän-
dungspfandgläubiger des § 848 ZPO?, in ZZP 59,
391 - 396.

- FRIESE, Der Verzicht auf die Auflassungsvormerkung, in DNotZ 1955, 243 - 246.
- FUCHS, EUGEN, Grundbegriffe des Sachenrechts, Berlin 1917.
- Befristete Eigentumsumschreibung, in JW 1919, 218.
 - Befristete Eigentumsumschreibung, eine Replik, in JW 1919, 414.
 - Anmerkung zum Beschluss des LG Oppeln vom 25.4.1922 - abgedruckt in JW 1922, 1349 - in JW 1922, 1349 - 1350.
- GÜTHE-TRIEBEL, Güthes Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, bearbeitet von Triebel, Erster Band §§ 1 - 70 GBO, Berlin, 6. Auflage 1936.
- HECK, PHILIPP, Grundriss des Sachenrechts, Tübingen, 1. Auflage 1930.
- HENKE-MÖNCH-HORBER, Grundbuchordnung, Kurzkommentar, München-Berlin, 5. Auflage 1957; zitiert Henke-Mönch-Horber.
- HESSE-SAAGE-FISCHER, Grundbuchordnung, Kommentar, Berlin, 4. Auflage 1957 neu bearbeitet von Saage, Riedel, Fischer; zitiert Hesse-Saage-Fischer.
- HIEBER, HANS, Die Legitimation zur Beantragung einer Vormerkung, in DNotZ 1954, 67 - 71.
- Die Verwirklichung des Pfandrechts an einem Auflassungsanspruch, in DNotZ 1954, 171 - 177.
 - Das Pfandrecht am Anwartschaftsrecht des Grundstückserwerbers, in DNotZ 1955, 186 - 190.
 - Die "dingliche Anwartschaft" bei der Grundstücksüber-eignung, in DNotZ 1959, 350 - 354.
- HOCHE, ULRICH, Verpfändung und Pfändung des Anspruchs des Grundstückskäufers, in NJW 1955, 161 - 165.
- Abtretung und Verpfändung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung, in NJW 1955, 652 - 654.
 - Die Pfändung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung, in NJW 1955, 931 - 934.
 - Anmerkung zum Urteil des OLG Celle vom 24.1.1958 - abgedruckt in NJW 1958, 870 - in NJW 1958, 870.

- HÖNIGER, Anmerkung zum Urteil des RG vom 10.10.1932 - abgedruckt in JW 1933, 113 - in JW 1933, 1453 - 1454.
- HORBER, ERNST, Anmerkung zum Beschluss des LG Essen vom 23.4.55 - abgedruckt in NJW 1955, 1401 - in NJW 1955, 1401 - 1402.
- HUBERNAGEL, Das Erwerbsverbot, in Gruch. Beitr. 73, 36.
- JAEGER-LENT-WEBER, Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, Kommentar, Band I, §§ 1 - 70 KO bearbeitet von Lent, Berlin, 8. Auflage 1958; zitiert Jaeger-Lent.
- KIPP-COING, Erbrecht, ein Lehrbuch, Tübingen, 10. Bearbeitung 1955.
- KOFFKA, EMIL, Die Bindung an die Einigung nach § 873 Abs. II BGB als Verfügungsbeschränkung, in Festgabe der Rechtsanwaltschaft des Kammergerichts für den geh. Justizrath Dr. Richard Wilke zum XI. Sept. MDCCCC, Berlin 1900.
- KÜHNE, EBERHARD, Versprechen und Gegenstand (Ein Beitrag zum System der Belastung), in AcP 140, 1, 11.
- LANGE, HEINRICH, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, ein Kurzlehrbuch, München-Berlin, 3. Auflage 1956.
- LARENZ, KARL, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II, Besonderer Teil, München-Berlin, 2. Auflage 1956.
- LENT, FRIEDRICH, Sachenrecht, ein Kurzlehrbuch, München-Berlin, 6. Auflage 1957.
- MARCUSE, Die Rechtslage zwischen Auflassung und Eintragung, in JW 1923, 41.
- MEIKEL-IMHOF-RIEDEL, Grundbuchrecht, Kommentar zur Grundbuchordnung, Band II, §§ 13 - 124 GBO, Berlin, 5. Auflage 1958.
- MÜNZEL, KARL, Grundsätzliches zum Anwartschaftsrecht, in MDR 1959, 345 - 350.
- PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar, München-Berlin, 18. Auflage 1959; §§ 854 - 1296 bearbeitet von Hoche, zitiert Palandt-Hoche; §§ 1922 - 2385 bearbeitet von Rechenmacher, zitiert Palandt - Rechenmacher.

- PERREY, ADALBERT, Die Rechtsstellung des Käufers zwischen Auflassung und Eintragung, Flensburg 1951.
- RADKE, GEORG, Anwartschaften und Anwartschaftsrechte des bürgerlichen Rechts, Diss. jur. Strassburg (Ref. Kisch) 1913.
- REINHARD-MÜLLER-DASSLER-SCHIFFHAUER, Zwangsversteigerungsgesetz, Kommentar, Stuttgart, 9. Auflage 1958.
- RGRK, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Mitgliedern des Bundesgerichtshofs, Berlin, 10. Auflage 1953; Band I Allgemeiner Teil §§ 1 - 432 BGB (mit allgemeinem Schuldrecht) bearbeitet von Dennecke und Oegg; Band III, Sachenrecht §§ 873 - 928 BGB bearbeitet von Dennecke; zitiert RGRK.
- RIPFEL, FRANZ, Das Pfändungspfandrecht am Erbteil, in NJW 1958, 692 - 694.
- ROSENBERG, LEO, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, München-Berlin, 7. Auflage 1956.
- SCHAAFF, FRITZ, Die Auflassungsvormerkung, in NJW 1952, 291 - 292.
- SCHILLING, HERBERT, Auflassungsvormerkung bei formnichtigem Grundstückskauf, in DNotZ 1958, 573 - 576.
- SCHÖNFELD, FRIEDRICH, Nochmals: Wie wirkt sich die entsprechende Anwendung des § 878 BGB auf die Bewilligung einer Vormerkung aus? (Ein Beitrag zum Urteil des BGH NJW 1958, 2013) in NJW 1959, 1417 - 1418.
- SCHÖNKE-BAUR, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, ein Lehrbuch, Karlsruhe, 6. Auflage 1956.
- SEUFERT, GÜNTHER, Auflassungsvormerkung und formnichtiger Grundstückskauf, in JR 1959, 169 - 170.
- SOERGEL, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Stuttgart, 8. Auflage 1952/1953, §§ 873 - 925 BGB bearbeitet von Baur, zitiert Soergel-Baur.
- STAUDINGER, Kommentar zum BGB, Berlin, 11. Auflage; Band I, Allgemeiner Teil, §§ 104 - 240 BGB bearbeitet von Coing, 1957, zitiert Staudinger-Coing; Band III, Sachenrecht, §§ 873 - 928 BGB bearbeitet von Seufert, 1956, zitiert Staudinger-Seufert.

- STEIN-JONAS-SCHÖNKE-POHLE, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band II, Tübingen, 18. Auflage 1956.
- STEINER-RIEDEL, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, Berlin, 7. Auflage 1956.
- v. TUHR, ANDREAS, Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, in Bindings "Systematischem Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft" Erster Band, Teil 1, Allgemeine Lehren und Personenrecht, Leipzig 1910; zitiert v. Tuhr.
- WESTERMANN, HARRY, Lehrbuch des Sachenrechts, Karlsruhe, 3. Auflage 1956; zitiert Westermann.
- WIECZOREK, BERNHARD, Zivilprozessordnung und Nebengesetze auf Grund der Rechtsprechung kommentiert, Band IV, Teil 1, §§ 704 - 863 ZPO, Berlin, 1. Auflage 1958; zitiert Wieczorek.
- WOLFF-RAISER, Sachenrecht, ein Lehrbuch, Tübingen, 10. Bearbeitung 1957; zitiert Wolff-Raiser.
- WÜRDINGER, HANS, Die privatrechtliche Anwartschaft als Rechtsbegriff, München 1928.
- ZUNFT, Der Eigentumserwerb des Erwerbers einer Eigentumsanwartschaft, in NJW 1956, 1420 - 1422.

E I N L E I T U N G

§ 1 DIE AUSGANGSLAGE FÜR DIE ANWARTSCHAFT AUS
DER AUFLASSUNG.

I. FORMPROBLEM UND MITTELBARER BEURKUNDUNGSZWANG.

Der rechtsgeschäftliche Erwerb des Eigentums an einem Grundstück setzt die von Veräusserer und Erwerber bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor der zuständigen Stelle ¹⁾ erklärte Einigung über den Eigentumsübergang (Auflassung) und die Eintragung des Erwerbers als neuen Eigentümer in das Grundbuch voraus, § 925 Abs. I Satz 1 BGB.

Eine dieser Vorschrift nicht entsprechende Auflassung ist nach § 125 Satz 1 BGB nichtig. Die h. M. ²⁾ betrachtet den Abschluss eines Rechtsgeschäfts vor einer Behörde als gesetzliche öffentliche Form. Dem ist zuzustimmen. "Form" in diesem Sinne ist die äussere Gestaltung eines Rechtsgeschäfts, nicht nur, worauf die §§ 126 - 129 BGB schliessen lassen könnten, die Art wie Willenserklärungen nach ihrem Wortlaut niedergelegt sind.

Die Frage, ob die Auflassung, um wirksam zu sein, beurkundet werden muss, war lange streitig; sie wird jetzt überwiegend verneint.

Diejenigen, die eine Beurkundung für erforderlich halten, leiten dieses Ergebnis teils aus den §§ 168, 175 FGG ab, ³⁾ teils gehen sie davon aus, dass nach §§ 126, 128, 129 BGB zur Gültigkeit einer Willenserklärung es eines Mehr als des gesprochenen Wortes bedürfe, für ein solches Mehr aber dem BGB die Erklärung vor einer Behörde fremd sei. Da eine mündliche Erklärung nur ausreiche, wenn keine Form vorgeschrieben sei, § 925 BGB jedoch eine Formvorschrift enthalte, unterliege die Auflassung der Schriftform, zu deren Einhaltung die Unterzeichnung des Protokolls durch die Parteien genügend sei ⁴⁾.

1) In Bayern ausser den in § 925 Abs. I Satz 2 BGB genannten Stellen auch die Obere Siedlungsbehörde, § 29 BayAVO vom 26.2.47 (GVBl. 8, 1947 Seite 92) i. V. mit Art. 143 I EGBGB.

2) Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil Halbbd. II § 156 III c, Seite 660; RGRK Anm. 5 zu § 125 BGB; Staudinger-Coing Anm. 4 zu § 125 BGB.

3) KGJ 51 A 145; Lent, Sachenrecht, § 26 II Seite 96.

4) Güthe-Triebel, Band I Anm. 35 zu § 20 GBO.

Dem ist - soweit auf die §§ 168, 175 FGG hingewiesen wird - entgegenzuhalten, dass die Frage, welche Form zur materiellen Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts eingehalten werden muss, nicht vom Verfahrensrecht beantwortet werden kann. Im übrigen weist die Rspr. ⁵⁾ darauf hin, dass es an einer Vorschrift im Gesetz fehlt, wonach die Beurkundung der Auflassungserklärung als Erfordernis der Auflassung vorgesehen ist; in § 925 BGB und § 20 GBO ist nur von der Erklärung der Einigung die Rede. Eine Formbedürftigkeit der Auflassung würde dagegen wegen der mit ihr verbundenen möglichen Fehlerquellen zur Beeinträchtigung der Rechtssicherheit führen können.

In der Praxis wird die Auflassung in der Regel mit dem Kaufvertrag zusammen beurkundet; mittelbar wird durch die Vorschrift des § 29 GBO ein Beurkundungszwang ausgeübt.

II. DER EINTRITT DER BINDUNG DER BETEILIGTEN.

Die Auflassung ist bindend, wenn die Erklärungen von Veräußerer und Erwerber einander zugegangen sind, §§ 130 Abs. I Satz 1, 145 BGB, d.h., da es sich um Erklärungen unter Anwesenden handelt, wenn sie vom Gegner verstanden wurden. ⁶⁾ Die Auflassung wird also in dem Zeitpunkt bindend, in dem sie wirksam wird.

Dies wird vereinzelt für den Fall bestritten, dass die Auflassung, wie meist, vor einer anderen Stelle als dem Grundbuchamt erklärt wurde, jedoch nicht beurkundet ist ⁷⁾. Die Auflassung sei dann zwar wirksam, aber nicht bindend. Zu dieser Ansicht muss man folgerichtig gelangen, wenn man § 925 BGB nur als Sondervorschrift gegenüber dem Abs. I des § 873 BGB ansieht. Man wird aber weitergehend die Ansicht vertreten müssen, dass auch die Bestimmung des § 873 Abs. II BGB nicht mehr neben § 925 BGB in Betracht kommt ⁸⁾. Das geht einmal daraus hervor, dass die Aushändigung einer Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO, die § 873 Abs. II BGB für die Herbeiführung der Bindungswirkung als 4. Möglichkeit

5) RGZ 99, 65; BGHZ 22, 312.

Ebenso: Wolff-Raiser, § 61 Anm. 3, Seite 211; Westermann, § 77 II 1, Seite 364; Staudinger-Seufert Anm. 48 zu §§ 925, 925 a BGB; Hesse-Saage-Fischer, III 2 c zu § 20 GBO.

6) Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil Halbbd. II § 158 II B, Seite 671 unter Anführung der Gegenmeinung.

7) Erman-Ronke, Anm. 3 B zu § 925 BGB auf Grund einer synoptischen Betrachtung der in § 873 Abs. II BGB genannten 4 Fälle.

8) BayOblLGZ 1957, 231 f. Staudinger-Seufert Anm. 82 zu §§ 925, 925 a; Palandt-Hoche, Anm. 5 zu § 873, Anm. 6 c zu § 925 BGB.

gleichwertig zur Wahl stellt, wegen § 20 GBO nicht auch für die Eintragung der Grundstücksübereignung im Grundbuch ausreicht. Ausserdem passt § 873 Abs. II BGB nach seinem Sinn nicht auf die Auflassung. Als Mittelding zwischen Formfreiheit und Formerfordernis verfolgt diese Vorschrift den Zweck, die Beteiligten vor den Gefahren einer Übereilung zu schützen, die sich aus der Wirksamkeit einer nach Abs. I a. a. O. grundsätzlich formlosen Einigung über die Bestellung oder Übertragung dinglicher Rechte ergeben können. Dies geschieht in der Weise, daß die Beteiligten ihre Erklärungen widerrufen können ⁹⁾, solange nicht der Erwerber in eine "verfahrensrechtlich gesicherte Position" ¹⁰⁾ gebracht ist. Dieser Grundgedanke entfällt bei der Auflassung, da sie erst wirksam wird, wenn die Form der gleichzeitigen Anwesenheit der Beteiligten vor der zuständigen Stelle gewahrt ist. Es besteht dann kein Grund mehr, die Widerruflichkeit weiterhin zuzulassen.

III. DIE AUFLASSUNG UND § 894 ZPO.

Nach § 894 Abs. I Satz 1 ZPO gilt mit Eintritt der Rechtskraft des den Veräusserer zur Abgabe der Auflassungserklärung verurteilenden Erkenntnisses dessen Einverständniserklärung über den Eigentumsübergang als abgegeben. Dass auch in den Fällen, in denen eine der zur Auflassung notwendigen Erklärungen durch ein Urteil ersetzt wird, eine rechtsgeschäftliche Übertragung des Eigentums vorliegt, ergibt sich daraus, dass eine zur Auflassung gehörende Willenserklärung als abgegeben fingiert wird, man also am Einigungsprinzip festhält ¹¹⁾. Zur Verdeutlichung erklärt § 898 ZPO die Vorschriften über den Erwerb kraft guten Glaubens für anwendbar. Daher muss § 925 BGB eingehalten werden; ist diese Bestimmung auch ihrem Wortlaut nach nicht befolgbar, so verlangt sie doch auch im Fall der Ersetzung einer zur Auflassung notwendigen Erklärung durch rechtskräftiges Urteil entsprechende Anwendung dahin, dass die Erklärungen beider Parteien als gleichzeitig abgegeben gelten können ¹²⁾.

Es ist davon auszugehen, dass die durch Urteil ersetzte Willenserklärung als vor der zuständigen Stelle abgegeben gilt ¹³⁾. Die Gegenmeinung, die Wil-

9) Auch der Erwerber ist im letzten Fall des § 873 Abs. II BGB an seine Erklärung gebunden, wie der Gesetzeswortlaut ergibt, Wolff-Raiser, § 38 IV, Seite 124.

10) Formulierung von Westermann, § 76 I 5, Seite 355 unten.

11) Rosenberg, § 208 III, 4, Seite 1035 unten.

12) RG Gruch. Beitr. 70, 261 f.

13) RGZ 76, 411; Rosenberg, § 208 III, 3 Seite 1034, wohl auch Palandt-Hoche, Anm. 3 c, aa) zu § 925 BGB.

lenserklärung gelte erst mit der Vorlage des rechtskräftigen Urteils bei der Behörde als vor der zuständigen Stelle abgegeben, ¹⁴⁾ übersieht, dass die Willenserklärung bereits im Augenblick des Eintritts der Rechtskraft als abgegeben gilt und sie daher nicht ein zweites Mal, diesmal vor der zuständigen Stelle, als abgegeben fingiert werden kann.

Das Erfordernis der gleichzeitigen Anwesenheit der Beteiligten, wie es § 925 Abs. I Satz 1 BGB vorschreibt, braucht nicht eingehalten zu werden. ¹⁵⁾ Andernfalls wäre die Fiktion des § 894 ZPO praktisch bedeutungslos, wenn das Erscheinen des Schuldners vor der zuständigen Stelle durch weitere Zwangsvollstreckungsmassnahmen gem. § 888 Abs. I ZPO zusätzlich erzwungen werden müsste. Der Gläubiger hat jedoch seine Annahmeerklärung vor der zuständigen Stelle abzugeben; das kann er erst nach Rechtskraft des die Erklärung des Schuldners ersetzenden Urteils, da nur auf diese Weise das Erfordernis der Gleichzeitigkeit der Abgabe, wenn auch nur annähernd, eingehalten wird. ¹⁶⁾

14) So Wolff-Raiser, § 61 I 2, Seite 212, jedoch ohne Begründung.

15) RG Gruch. Beitr. 70, 261 argumentiert: "Es wird so angesehen, als wenn auch der Unterliegende anwesend wäre, um die Erklärung mit dem Gegner auszutauschen."

16) RG Gruch. Beitr. 70, 261.

I. A B S C H N I T T

DER RECHTSZUSTAND ZWISCHEN AUFLASSUNG
UND EINTRAGUNG.§ 2 DIE BINDUNG DER VERÄUSSERERSEITE NACH DER
AUFLASSUNG.

I. DER BEGRIFF "GEBUNDENSEIN"

Im Schrifttum war früher lange streitig, wie die Bindung der Parteien an die dingliche Einigung gemäss § 873 Abs. II BGB und an die vor der zuständigen Stelle erklärte Auflassung gemäss §§ 925, 130 Abs. I BGB zu deuten sei. Jetzt hat sich einhellig die Auffassung durchgesetzt, dass unter dem Begriff "Bindung" der Ausschluss des einseitigen Widerrufs der Erklärungen beider Teile zu verstehen ist 17).

Eine Verpflichtung zur Herbeiführung des Rechtserfolgs kann unter der "Bindung" nicht gemeint sein 18), da die dingliche Einigung abstrakt das Einverständnis der Beteiligten über den unmittelbaren Rechtsübergang oder über die Entstehung des Rechts enthält. Abzulehnen ist auch die Annahme einer Verfügungsbeschränkung des Veräusserers, die sich daraus ergeben soll, dass in einer anderweitigen Verfügung ein stillschweigender unzulässiger Widerruf der früheren zu sehen sei 19). Dies ist deshalb nicht richtig, weil ein Widerruf nur eine Erklärung an den anderen Teil ist. 20)

17) Wolff-Raiser, § 38 IV, Seite 124; Westermann, § 76 I 5, Seite 356.

18) So aber Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts Bd. II 1 § 21 Nr. 3 Seite 110 - 112; Fuchs Eugen, Grundbegriffe des Sachenrechts, § 22, 3 d Seite 161.

19) Koffka, Festgabe für Richard Wilke, Seite 169, 173, 174.

20) Wolff-Raiser, § 38 IV, Seite 124 Anm. 32.

II. DAS WEITERWIRKEN DER BINDUNG AUF DEN ERBEN DES VERÄUSSERERS.

1. Die materielle Rechtslage.

Der Eigentumserwerb des Auflassungsempfängers ist nicht in Frage gestellt, wenn der Veräusserer in der Zeit zwischen Auflassung und Eintragung stirbt. Es kommt auch nicht darauf an, ob der Eintragungsantrag schon beim Grundbuchamt eingegangen war. Der Tod hat die Änderung der Rechtszuständigkeit, nicht etwa den Eintritt einer Verfügungsbeschränkung zur Folge, daher findet § 878 BGB keine Anwendung ²¹⁾. Das Problem ist vielmehr mit Hilfe des Grundsatzes zu lösen, dass der Erbe als Gesamtnachfolger die Persönlichkeit des Erblassers in ihren rechtlichen Beziehungen fortsetzt. Der Erbe ist ebenso an die Auflassung gebunden, wie es der Erblasser war ²²⁾.

2. Das grundbuchamtliche Verfahren.

Ist der Erbe noch nicht - berichtigungshalber - im Grundbuch als Eigentümer eingetragen und geht nunmehr der Umschreibungsantrag des Erwerbers nebst der noch vom Erblasser herrührenden Auflassung beim Grundbuchamt ein, so kann dieser Antrag vollzogen werden, ohne dass es einer vorherigen Eintragung des Erben bedarf. Obgleich eine Übertragung des Eigentums nach § 40 Abs. I GBO - 1. Tatbestandsmodalität - auf Grund einer den Erben bindenden Auflassung, die einer vom Erben selbst erklärten Auflassung gleichsteht, eingetragen werden soll, ist es methodisch richtiger, das Absehen von der Voreintragung des Erben aus der 2. Tatbestandsmodalität des § 40 Abs. I GBO herzuleiten. Diese ist Spezialbestimmung für die unmittelbare Eintragung, die durch eine vom Erblasser herrührende Eintragungsgrundlage ²³⁾ begründet wird, mag es sich um eine Rechtsübertragung handeln oder nicht.

Eine in der Zwischenzeit durchgeführte Berichtigung steht der Eintragung des Erwerbers nicht entgegen. Zwar ist es nunmehr der Erbe, dessen Recht durch die beantragte Eintragung des Erwerbers betroffen wird. Ein Nachweis der Auflassung durch den Erben gemäss § 20 GBO ist dagegen nicht erforderlich, wäre sogar gegenstandslos, da die vom Erblasser herrührende und unwiderrufliche Auflassung auch formell grundbuchrechtlich dem Erben gegenüber Gültigkeit hat ²⁴⁾. Ein

21) Palandt-Hoche Anm. 1 zu § 878 BGB.

22) BayObLG NJW 1956, 1279.

23) Das Gesetz spricht nur von der Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO), doch muss auch der Auflassungsnachweis (§ 20 GBO) hier als ebenfalls gemeint angesehen werden.

24) BayObLGZ Bd. 34, Seite 68.

Erbschein braucht nicht vorgelegt zu werden, mag sich auch die Bindung des Voreingetragenen an die vom Erblasser herrührende Auflassung durch den Erbfall ergeben, da die Erbfolge bereits mit der Voreintragung des Erben aus dem Grundbuch ersichtlich ist. 25)

3. Auflassungsanwartschaft und Verfügungsbeschränkungen des Erben.

Die am häufigsten vorkommende Verfügungsbeschränkung des Erben, die des § 2113 BGB bei Anordnung einer Nacherbfolge, hindert den Eigentumserwerb des Auflassungsempfängers nicht. Da zunächst der Vorerbe Erbe des Erblassers ist, gelten die vorstehenden Ausführungen auch hier. Fraglich könnte nur sein, ob die Übereignung des Grundstücks an den Erwerber im Fall des Eintritts der Nacherbfolge infolge Beeinträchtigung des Rechts des Nacherben unwirksam ist. Das ist jedoch zu verneinen, da der Nacherbe bei Eintritt des Nacherbfalles Erbe des Erblassers ist und als dessen Gesamtrechtsnachfolger auch eine vom Erblasser herrührende Auflassung als ihn bindend gegen sich gelten lassen muss.

Die Rechtsstellung des Auflassungsempfängers bei Verfügungsbeschränkungen des Erben durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder Anordnung einer Nachlassverwaltung richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen über die Auswirkungen von Verfügungsbeschränkungen des Veräusserers in der Zeit zwischen Auflassung und Eintragung. Der Auflassungsempfänger erwirbt das Eigentum am Grundstück nicht mehr vom Erblasser, sondern vom Erben, der an dessen Stelle getreten ist. Derjenige, der einen Gegenstand einem anderen überträgt, muss noch in dem Zeitpunkt die Verfügungsmacht über den Gegenstand haben, in dem die Übertragung wirksam wird. Vor Verfügungsbeschränkungen des Erben ist daher der Erwerber nur sicher, wenn im Fall der Einsetzung eines Testamentsvollstreckers der Eintragungsantrag noch vor dem Erbfall 26), sonst bei Nachlassverwaltung vor deren Anordnung beim Grundbuchamt eingegangen ist, § 878 BGB.

Dieses Ergebnis mag befremdlich erscheinen, weil es sich um speziell den Erben betreffende Verfügungsbeschränkungen handelt und der Auflassungsempfänger ohne weiteres das Eigentum erworben hätte, wenn der Erblasser noch zum Zeitpunkt der

25) Henke-Mönch-Horber Anm. 3 E c zu § 35 GBO.

26) Die Verfügungsbeschränkung des Erben bei Einsetzung eines Testamentsvollstreckers gemäss § 2211 BGB tritt nicht erst mit der Annahme des Amtes durch den Testamentsvollstrecker, sondern schon mit dem Erbfall ein, da andernfalls der Erbe durch Verfügungen über Nachlassgegenstände bis zur Annahme den Willen des Erblassers vereiteln könnte; Palandt-Rechenmacher Anm. 1 zu § 2211 BGB.

Eintragung am Leben gewesen wäre. Es muss jedoch darauf abgestellt werden, dass sich die Verfügung über das Grundstück aus Auflassung und Eintragung zusammensetzt. Verfügender ist der Erbe, weil die vom Erblasser herrührende Auflassung wegen der durch den Erbfall eintretenden Gesamtrechtsnachfolge als eine solche des Erben anzusehen ist und mit der Eintragung des Erwerbers auch das Grundstückseigentum des Erben auf jenen übergeht. Daher darf der Erbe die Verfügungsbefugnis nicht verloren haben, gleich welche Ursache dies haben mag, wenn mit der Eintragung das Grundstück erworben werden soll.

III. WEITERWIRKEN DER BINDUNG AUF DEN VERMÖGENSÜBERNEHMER ?

Da die Auflassung als solche keine Ansprüche erzeugt, scheidet von vornherein insoweit eine Schuldmittelübernahme für den Vermögensübernehmer, wie sie § 419 BGB ausspricht, aus.

Bei der Auslegung des § 419 BGB vertritt die Rspr. gelegentlich den Standpunkt, dass der Übernehmer eines Vermögens wie im Falle der Gesamtrechtsnachfolge durch Erbgang in die gleiche Rechtsposition einrücken solle, wie sie der Veräußerer (der übertragende Teil) gehabt habe, weil die Schulden als Lasten des Vermögens von **diesem** nicht getrennt werden könnten.²⁷⁾ Wenn man mit diesem Gedankengang zu dem Ergebnis kam, dass der Vermögensübernehmer auch in die durch ein Vertragsangebot des Veräußerers geschaffenen Bindungen eintrete, so beschränkte man sich doch darauf, dass nur ein schuldrechtlicher Anspruch, der sich durch Annahme des bindenden Vertragsangebots ergeben konnte, auch gegen den Übernehmer einklagbar war. Die weitergehende Folgerung, dass die Bindung als "Last" auf den Vermögensübernehmer übergeht und der Auflassungsempfänger trotz Voreintragung des Vermögensübernehmers im Grundbuch als neuer Eigentümer eingetragen werden kann, wurde bisher noch nicht gezogen.

Bei der Vermögensübertragung in der Zeit zwischen Auflassung und Eintragung des Auflassungsempfängers ergibt sich folgende Rechtssituation: Mit der Übereignung des Grundstücks im Rahmen der Vermögensübernahme verändert sich der Übereignungsanspruch wegen verschuldeter Unmöglichkeit in einen Schadensersatzanspruch in Geld (§ 325 BGB). Dieser kann auch gegen den Vermögensübernehmer geltend gemacht werden.²⁸⁾

27) OLG Braunschweig MDR 1950, 351.

28) OLG Celle Seuff. Archiv 81, 311 f.

IV. WEITERWIRKEN DER BINDUNG AUF DEN EINZELNACHFOLGER ?

Eine Willenserklärung kann nur derjenige widerrufen, der sie abgegeben hat. 29) Ist aus bestimmten Gründen der Widerruf ausgeschlossen, dann ist ebenfalls nur derjenige an die - unwiderrufliche - Willenserklärung gebunden, der sie sonst nach allgemeinen Grundsätzen widerrufen könnte. Eine Bindung dritter Personen an Erklärungen eines anderen kraft Gesetzes gibt es nicht. Die Bindung des Veräußerers an die erste Auflassung wirkt daher nicht auf einen zweiten Erwerber des Grundstücks.

Nun könnte allerdings gesagt werden, der Eigentümer, der nach erfolgter Auflassung anderweitig durch Auflassung und Eintragung das Grundstück weiter übertrage, könne nicht mehr über sein volles Eigentum verfügen, vielmehr nur solches Eigentum übertragen, das mit der Schwäche belastet ist, dass der erste Auflassungsempfänger durch Herbeiführung der Eintragung das Eigentum erwerben kann, ohne dass ihn der an seine erklärte Auflassung gebundene Veräußerer daran zu hindern vermag. Erwerbe ein Dritter mit solcher "Schwäche" behaftetes Grundstückseigentum, so sei es folgerichtig, wenn der erste Auflassungsempfänger sich mit dem Eigentumserwerb gegenüber dem zweiten Erwerber durchsetzen könne.

Mit dieser Argumentation würde zu den dinglichen Belastungen eine neuartige "Last", die am Eigentum haftet, eingeführt, für die in der BGB-Systematik auch nicht entfernt eine Grundlage gefunden werden kann. Der Gesetzgeber hat sich jedoch mit der Behandlung eines Rechts, über das durch aufschiebende Bedingung verfügt wurde und das daher noch - auflösend bedingt - dem Verfügenden zusteht, befassen müssen und zur Konstruktion nicht den Weg einer "dinglichen Last", sondern den der relativen Unwirksamkeit einer weiteren Verfügung gewählt, die - im Falle des Eintritts der Bedingung - die von ihr abhängig gemachte Wirkung vereiteln würde.

§ 3 DIE RECHTSSTELLUNG DES ERWERBERS.

I. DAS RECHT AUF EINTRAGUNG GEGENÜBER DEM GRUNDBUCHAMT.

1. Nach § 13 Abs. II GBO hat auch der "Aktivbeteiligte", d.h. derjenige, der durch die beantragte Eintragung unmittelbar begünstigt wird, ein selbständiges Antragsrecht. Die Antragsberechtigung ist Zulässigkeitsvoraussetzung; ob der Antrag begründet ist, d.h. ob er zu der begehrten Eintragung führen kann, folgt aus

29) Nach allg. Grundsätzen der Gesamtnachfolge kann auch der Erbe des Erklärenden dessen Erklärung widerrufen.

der Eintragungsbewilligung bzw. dem Nachweis der Auflassung, §§ 19, 20 GBO.³⁰⁾ Für die Bejahung der Zulässigkeit des Antrags kommt es nur darauf an, ob sich aus dem Eintragungsbegehren ergibt, dass die aktive Beziehung des Antragstellers zur Eintragung eine unmittelbare ist.³¹⁾ Eine Prüfung der materiellen Rechtslage, die dem Eintragungsantrag zugrunde liegt, hat das Grundbuchamt in diesem Stadium des Verfahrens noch nicht vorzunehmen. Beantragt jemand seine Eintragung als Eigentümer im Grundbuch, so steht damit fest, dass eine Eintragung begehrt wird, die im Fall ihrer Vornahme unmittelbar zu Gunsten des Antragstellers erfolgt. Die Antragsberechtigung nach § 13 Abs. II GBO ist also gegeben. Unerheblich ist, ob bereits die Auflassung erklärt ist, da ihr Vorliegen für die Beantwortung der Zulässigkeitsfrage keine Rolle spielt und deshalb auch noch nicht geprüft zu werden braucht. Das Antragsrecht des Erwerbers nach § 13 Abs. II GBO kann daher nicht Ausfluss der Auflassung sein.

2. Liegen alle Eintragungsvoraussetzungen (Antrag, Eintragungsbewilligung bzw. Auflassungsnachweis und die etwa erforderlichen öffentlichrechtlichen Genehmigungen) vor, dann besteht ein öffentlichrechtlicher Anspruch gegen das Grundbuchamt auf Vornahme der beantragten Eintragung.³²⁾ Vom Bestehen eines solchen Anspruchs geht die GBO aus, wenn sie zu dessen Sicherung die Möglichkeit der Eintragung einer Vormerkung von Amts wegen zulässt, § 18 Abs. II Satz 1 GBO, 1. Halbsatz.³³⁾

Dieses Recht hat ebenfalls nicht seine Grundlage in der Auflassung (§ 925 BGB) bzw. der dinglichen Einigung nach § 873 Abs. I BGB, denn sonst müsste zur Eintragung immer die dingliche Einigung nachgewiesen werden, was aber § 19 GBO gerade für die meisten Fälle ausschliesst. Das Grundbuchamt wäre auch gehalten, von sich aus über Eintragungsbewilligung bzw. Auflassungsnachweis, §§ 19, 20 GBO hinaus die sachliche Richtigkeit der beantragten Eintragung nachzuprüfen. Die Auflassung bzw. die dingliche Einigung des § 873 Abs. I BGB enthält nur

30) Hesse-Saage-Fischer, § 13 I 1a GBO und Vorb. V zu § 13 GBO.

31) Ist das nicht der Fall, beantragt etwa ein Hypothekengläubiger Grundbuchberichtigung wegen Tod des Eigentümers, so ist dieser Antrag (als unzulässig) zurückzuweisen.

32) KG JfG 14, 132 führt aus: "Der Annahme des Landgerichts, dass Gegenstand der Pfändung das aus der Auflassung für die Beschwerdeführerin entstandene Recht auf Herbeiführung ihrer Eintragung als Eigentümerin und nicht etwa der öffentlichrechtliche und als solcher nicht pfändbare Anspruch auf Eintragung in das Grundbuch ist, kann aus Rechtsgründen nicht entgegen getreten werden."

33) Henke-Mönch-Horber, Anm. 6 A zu § 18 GBO;
Wolff-Raiser, § 48 II 2, Seite 158.

privatrechtliche Willenserklärungen; aus ihnen kann sich nicht ein öffentlichrechtlicher Anspruch gegen das Grundbuchamt auf Vornahme der Eintragungen ergeben. Vielmehr ist es Aufgabe des formellen Liegenschaftsrechts, die Eintragungsvoraussetzungen selbständig zu normieren.

Obgleich formell alle Eintragungsvoraussetzungen vorliegen, kann ein Anspruch auf Eintragung daran scheitern, dass das Grundbuchamt die Aufgabe hat, das Grundbuch möglichst in Übereinstimmung mit der wahren Rechtslage zu halten. Dies wird namentlich praktisch, wenn noch vor der Eintragung die Mitteilung einer Anfechtung der Auflassung bzw. dinglichen Einigung erfolgt. Inwiefern das Grundbuchamt dies zu beachten hat, ist streitig ³⁴⁾; jedenfalls ergibt sich, dass der Erwerber mit seiner Eintragung nur dann mit Sicherheit rechnen kann, wenn er über das Vorliegen der formellen Eintragungsvoraussetzungen hinaus auch materiellrechtlich dem Veräußerer gegenüber zum Rechtserwerb berechtigt ist.

II. DAS RECHT AUF HERBEIFÜHRUNG DES EIGENTUMSERWERBS ALS MATERIELLES RECHT GEGENÜBER DEM VERÄUSSERER.

1. Nach erklärter Auflassung bedarf es keiner Mitwirkungshandlung des Veräußerers mehr, damit die Eintragung und sohin der Eigentumserwerb des Auflassungsempfängers erfolgen kann. Der Erwerber vermag nunmehr, da sein Antrag auf Grund seines Antragsrechts nach § 13 Abs. II GBO zulässig und durch den Nachweis der Auflassung gem. § 20 GBO auch begründet ist, von sich aus die Eintragung als neuer Eigentümer im Grundbuch herbeizuführen.

Ist der Eintragungsantrag beim Grundbuchamt eingegangen, dann vollzieht sich der Eigentumserwerb ohne sein Zutun; die Bestimmung des Zeitpunkts der Eigentumsumschreibung als interner Vorgang beim Grundbuchamt entzieht sich dem Einfluss des Antragstellers. Die Rechtsstellung des Erwerbers ist in diesem Stadium des Verfahrens weitgehend gesichert. Der Eintritt einer Verfügungsbeschränkung des Eigentümers, auch wenn diese nicht auf einer zwischenzeitlichen Änderung des Rechtszustandes beruht, ³⁵⁾ steht der Vollendung des Rechtserwerbs nicht ent-

34) Henke-Mönch-Horber, Anm. 7 B Vorb. vor § 13 GBO verlangen Vorlage eines Urteils oder einer einstweiligen Verfügung. Das OLG München, DNotZ 1937, 327 ist dagegen der Ansicht, dass kein Rechtsverstoss vorliege, wenn der Grundbuchrichter seiner Entscheidung die blosse Abschrift eines Schreibens zugrunde legt, aus der das Nichtbestehen der Einigung hervorgeht.

35) Verfügungsbeschränkungen auf Grund einer Änderung des Rechtszustandes haben auf eine noch unfertige Erwerbslage keinen Einfluss, wenn das neu erlassene Gesetz, das die Verfügungsbeschränkung ausspricht, keine Rückwirkung hat. So für § 1365 Abs. I BGB n.F. BayObLG NJW 1959, 1495.

gegen, § 878 BGB. ³⁶⁾ Anderweitige Verfügungen des Veräußerers über das Grundstück, deren Eintragung später beantragt wird, beeinträchtigen den Eigentumserwerb des ersten Auflassungsempfängers nicht, wenn sich das Grundbuchamt pflichtgemäß an die Vorschrift des § 17 GBO hält. Andernfalls kann wenigstens ein Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB mit Art. 34 GG gegeben sein.

2. Diese beiden Erscheinungsformen der Anwartschaft aus der Auflassung sind Ausfluss einer dem Auflassungsempfänger eingeräumten Rechtsstellung, auf deren Grund er dem Veräußerer gegenüber das Eigentum am Grundstück erwerben kann. Da hiermit notwendig für den Veräußerer ein Rechtsverlust verbunden ist, liegt in der Herbeiführung der Eintragung durch den Erwerber als letzte Voraussetzung des Eigentumsübergangs ein Eingriff in die Rechtssphäre des Veräußerers, der einer Rechtfertigung bedarf.

a) Sicher ist zunächst nur, dass diese Rechtfertigung nicht in dem der Grundstücksübereignung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis gefunden werden kann. Dieses gibt lediglich den Rechtsgrund für die endgültige Vermögensverschiebung unter den Beteiligten. Aus der schuldrechtlichen Verpflichtung des Verkäufers, den Käufer zum Eigentümer zu machen, § 433 Abs. I Satz 1 BGB, folgt nicht, dass der Käufer dem Verkäufer gegenüber von sich aus den geschuldeten Erfolg herbeiführen darf. Das fordert die Erhaltung des Rechtsfriedens. ³⁷⁾ Notfalls muss der schuldrechtliche Übereignungsanspruch durch Zwangsvollstreckung realisiert werden.

b) Die Grundlage für die Berechtigung zur selbständigen Herbeiführung des Eigentumserwerbs gegenüber dem Veräußerer ist vielmehr in der Auflassung selbst zu suchen. In ihr erklärt der Veräußerer sein Einverständnis damit, dass das Eigentum am Grundstück auf den Erwerber übergeht. Dieses Einverständnis schließt aber auch die Rechtfertigung dafür ein, dass der Erwerber durch Stellung des Eintragungsantrags seine Eintragung und sohin den Eigentumserwerb einleitet, der den Verlust des Eigentümers (Veräußerers) als notwendige Folge mit sich bringt. Hierfür spricht auch die besondere Gestaltung des Liegenschaftsrechts. Die Auflassungserklärung kann der Veräußerer nicht widerrufen. Die Verschaffung des Besizes am Grundstück ist ohnehin kein konstitutives Element der Grundstücksüber-

³⁶⁾ Streitig ist, ob § 878 BGB auch anwendbar ist, wenn die vom Berechtigten formgerecht abgegebene und beim Grundbuchamt eingereichte Erklärung zur Zeit des Eintritts der Verfügungsbeschränkung noch einer behördlichen Genehmigung (von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung abgesehen) bedarf. Bejahend OLG Köln, Vorlagebeschluss in NJW 1955, 80, dagegen OLG Hamm, JMBI. NRW 1948, 242, 244. Der BGH brauchte hierzu nicht Stellung nehmen, NJW 1955, 866.

³⁷⁾ Vgl. Westermann, § 22 II 1, Seite 94, für die eigenmächtige Besitzverschaffung durch den Käufer.

eignung. Die Eigentumsumschreibung im Grundbuch, die materiell-rechtlich den Eigentumsübergang vollendet, erfolgt in einem amtlichen Verfahren, das der Erwerber ohne Mitwirkung des Veräußerers ingangsetzen kann. In der Praxis wird regelmässig dem Erwerber die Herbeiführung der Eigentumsumschreibung überlassen, weil ausschliesslich er daran interessiert ist und der Veräußerer nicht die öffentlich-rechtliche Kostenschuld für die Eintragung auf sich nehmen will, deren Entstehen sich gem. §§ 2 Ziff. 1; 61 KostO. an die Stellung des Eintragungsantrags knüpft. Damit ist der Erwerber zumindest auf den Ausschluss der Widerrechtlichkeit seiner Erwerbshandlung gegenüber dem Veräußerer angewiesen, wenn er, um des Schutzes des § 878 BGB teilhaftig zu werden, den Eintragungsantrag zur grundbuchamtlichen Vollziehung stellen muss. Diese Ansicht hat einmal das RG vertreten. 38)

c) Man wird jedoch über den Ausschluss der Widerrechtlichkeit der Erwerbshandlung hinausgehend annehmen können, dass der Erwerber aus der Auflassung ein subjektives Recht, ein Anwartschaftsrecht, d.h., ein Recht gegen den Veräußerer auf Herbeiführung des Eigentumserwerbs hat. Hierfür lässt sich anführen, dass der Eigentumserwerb durch Ingangsetzen des Eintragungsverfahrens ein rechtliches Können des Auflassungsempfängers ist, das seinen Interessen dient, weil im Hinblick auf § 878 BGB und § 17 GBO entscheidende Vorteile an die Einleitung des Eintragungsverfahrens durch Antragstellung geknüpft sind. Der Rechtsmacht auf der Erwerberseite steht die von der Rspr. 39) aus praktischen Erwägungen heraus als Mindestanforderung für ein Anwartschaftsrecht hervorgehobene Bindung des Veräußerers an seine Auflassungserklärung gegenüber. Diese stellt sich in der Form des einseitigen Widerrufs Ausschlusses als ein Nichthindernkönnen, als ein Duldenmüssen des Erwerbs dar, wobei jedoch letzteres nicht als etwaige Duldungspflicht verstanden werden darf, die sich aus der Auflassung nicht ergibt.

Auch in der praktischen Behandlung wird die Anwartschaft aus der Auflassung als subjektives Recht gegenüber dem Veräußerer angesehen. Sie ist möglicher Gegenstand einer Feststellungsklage, § 256 ZPO; in Rspr. und Lehre wird die Pfändung der Anwartschaft aus der Auflassung nach § 857 ZPO zugelassen, 40) die dann wohl ein Recht sein muss. 41)

38) RGZ 108, 331: "Solange das Einverständnis der Klägerin mit dem Eigentumsübergang besteht, kann in der Stellung des Eintragungsantrags durch den Beteiligten, zu dem er nach den §§ 13, 19, 20 GBO berechtigt ist, keine rechtswidrige Beeinträchtigung des Eigentums der Klägerin gefunden werden."

39) BGH NJW 1955, 544; NJW 1958, 1288; OLG Celle, NJW 1958, 871.

40) BayObLG JfG 9, 233; LG Essen NJW 1955, 1402 mit Nachweisen;
Wolff-Raiser, § 61 II, Seite 215; Hoche, NJW 1955, 931.

41) Hoche, NJW 1958, 870.

Dieses Anwartschaftsrecht aus der Auflassung auf Erwerb des Eigentums an einem Grundstück ist als Recht materieller Art streng vom Antragsrecht des § 13 Abs. II GBO zu scheiden; ersteres richtet sich gegen den Veräußerer, letzteres besteht gegenüber dem Grundbuchamt. Beide Rechte haben verschiedene Voraussetzungen. Nur soweit sich aus der Stellung des Eintragungsantrags die materiell-rechtliche Folge ergibt, dass die zum Eigentumserwerb des Auflassungsempfängers und zu dem damit verbundenen Verlust des Eigentums des Veräußerers führende Eigentumsumschreibung veranlasst wird, liegt eine Verknüpfung von Ausübung des Antragsrechts nach § 13 Abs. II GBO und Realisierung des Anwartschaftsrechts vor. Sonst bestehen jedoch grundsätzliche Verschiedenheiten, was daraus hervorgeht, dass zwar das Anwartschaftsrecht, nicht jedoch das Antragsrecht nach § 13 Abs. II GBO übertragbar und pfändbar ist. 42)

Wenn auch nicht immer Antragsrecht bzw. öffentlich-rechtlicher Eintragungsanspruch und Anwartschaftsrecht genügend deutlich auseinandergehalten wurden, 43) hat die Rspr. doch im wesentlichen auf die materiellen Folgen der Antragstellung - Herbeiführung des Eigentumserwerbs - abgestellt. Das KG spricht einmal von einer "Befugnis materiellrechtlicher Art" 44), das RG von einem "aus der Auflassung entspringenden und im Gegensatz zum Veräußerer selbständigen unwideruflichen Recht". 45) In der Entscheidung, in der das RG das Erwerbsverbot durch einstweilige Verfügung entwickelt hat, erkennt es diesem materiellrechtliche Bedeutung zu. 46)

Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, dass Anwartschaften grundsätzlich keine subjektiven Rechte seien. Dem Anwärter fehle die Willensmacht als Kennzeichen der Berechtigung. Die Herbeiführung des Eintritts des Vollrechts sei nur eine faktische Möglichkeit, nicht aber das Geltendmachen eines Rechts. 47)

42) Nach § 14 GBO hätte einem Gläubiger des im Grundbuch nicht eingetragenen Eigentümers als nur mittelbar von der Eintragung seines Schuldners Begünstigten kein selbständiges Antragsrecht gewährt zu werden brauchen, wenn der Gläubiger das Antragsrecht des Schuldners zur Grundbuchberichtigung pfänden könnte, um dann die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu betreiben, vgl. § 39 GBO.

43) Klar jedoch KG JFG 14, 132.

44) KG JFG 2, 321.

45) RGZ 111, 101.

46) RGZ 117, 287 f. "Die einstweilige Verfügung enthält zugleich ein die Erwerbsmöglichkeit des Käufers angreifendes Verbot des Inhalts, dass der Käufer das Grundstück nicht erwerben darf."

47) Würdinger, "Die privatrechtliche Anwartschaft als Rechtsbegriff" Seite 83.

Dieser Auffassung wird man nicht beitreten können. Das Kriterium der Willensmacht ist für Vollrechte entwickelt worden. Anwartschaftsrechte weisen jedoch eine besondere Struktur auf: sie führen zum Erwerb eines Vollrechts und bestehen innerhalb der ersten und letzten Entstehungsvoraussetzung eines Rechts. Beim Anwartschaftsrecht ist die Erscheinung, dass sich gegenüber dem bisherigen Rechtsträger ein Rechtserwerb des Anwärters vorbereitet, als Analogon zur Willensmacht, die das Vollrecht zum Inhalt hat, anzusehen. Im übrigen kommt es entscheidend darauf an, dass der Anwärter eine Rechtsstellung inne hat, die ihm vom Vorberechtigten einseitig nicht mehr entzogen werden kann.

Neuerdings wird die Anwartschaft aus der Auflassung deshalb nicht als subjektives Recht angesehen, weil sie vom Eigentümer dadurch zerstört werden kann, dass er das Grundstück an einen Dritten auflässt und dieser eingetragen wird. 48) Man beruft sich dabei auf den in einer Entscheidung des BGH ausgesprochenen Satz, dass der Begriff des Anwartschaftsrechts auf Sachverhalte zu beschränken ist, bei denen von dem mehraktigen Entstehungstatbestand eines Rechts schon so viele Erfordernisse erfüllt sind, dass von einer vom Veräußerer nicht mehr durch einseitige Erklärung aufhebbarer Rechtsposition gesprochen werden kann. 49)

Die Einschränkung, die der BGH vornimmt, ist zu billigen, da andernfalls der Begriff des Anwartschaftsrechts eine unbegrenzte und damit seine praktische Verwendbarkeit in Frage stellende Ausweitung erfahren würde. 50) Es fragt sich jedoch, ob man nicht schon darauf abstellen sollte, dass der Veräußerer seine Auflassungserklärung einseitig nicht widerrufen kann, woraus sich eine gewisse, wenn auch nicht zu überschätzende Sicherheit für den Erwerber ergibt. Andernfalls müsste man einem Anspruch auf Übereignung einer Sache den Charakter eines Forderungsrechts absprechen, da er bei anderweitiger Veräußerung der Sache als Übereignungsanspruch mit seinem ursprünglichen Inhalt nicht mehr geltend gemacht, sondern allenfalls nur noch als Schadensersatzanspruch, §§ 276, 280 Abs. I, 325 Abs. I Satz 1, oder als Anspruch auf das stellvertretende commodum, §§ 281, 325 Abs. I Satz 3, 323 Abs. II BGB weiterverfolgt werden kann.

3. Die Eigenart des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung lässt eine Einordnung in eine bestimmte Gruppe der bisher anerkannten subjektiven Rechte nicht zu.

Die dem Auflassungsempfänger zustehende Befugnis, durch Antragstellung beim Grundbuchamt die Umschreibung im Grundbuch und damit den Eigentumsüber-

48) OLG Celle, NJW 1958, 871 mit kritischer Anmerkung von Hoche; Hieber DNotZ 1959, 351; Lange, Allg. Teil § 12 IV 3, Seite 88.

49) BGH NJW 1955, 544.

50) OLG Celle a.a.O.

gang herbeizuführen, ist als Gestaltungsrecht bezeichnet worden. 51) Gegen diese Auffassung bestehen Bedenken, auch wenn man ausschliesslich die materiell-rechtliche Folge der durch den Eintragungsantrag eingeleiteten Eigentumsumschreibung auf das Eigentum des Veräusserers betrachtet.

Man hat darauf hingewiesen, dass der Rechtserfolg, zu dem die Anwartschaft als blossе Zwischenstufe führt, auf einer Norm beruht, deren Tatbestandselemente teils vor der Anwartschaft liegen, teils ihr nachfolgen. Alle diese Tatbestandsstücke stehen daher mit dem Rechtserfolg unmittelbar in Beziehung, während das Gestaltungsrecht selbst Rechtsfolge einer Norm und seine Ausübung Erfüllung des Tatbestands einer neuen Norm ist. 52) Das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung enthält auch nicht die Begriffsmerkmale, die ein Gestaltungsrecht aufweist. Das Gestaltungsrecht wird definiert als Rechtsmacht, kraft deren eine Rechtsänderung ohne Mitwirkung einer anderen Person bewirkt werden kann. 53) Beim Anwartschaftsrecht aus der Auflassung ist die Einigung über den Eigentumsübergang, in der das Einverständnis des Veräusserers mit dem Eigentumserwerb des Auflassungsempfängers enthalten ist, Grundlage sowohl dafür, dass der Rechtserfolg eintritt, wie dafür, dass der Erwerber durch einseitige Antragstellung beim Grundbuchamt die Eintragung und den Eigentumserwerb dem Veräusserer gegenüber herbeiführen darf. Beim Gestaltungsrecht dagegen ist die Mitwirkung des Gegners weder für den Eintritt der Rechtsfolge notwendig, die durch Ausübung des Gestaltungsrechts herbeigeführt wird (arg. §§ 142 Abs. I, 389 BGB), noch zur Herbeiführung dieses Rechtserfolges, in der die Ausübung des Gestaltungsrechts liegt (arg. §§ 143 Abs. I, 388 BGB).

Das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung ist auch nicht als Aneignungsrecht aufzufassen. 54) Bei Aneignungsrechten handelt es sich regelmässig um ursprünglichen Rechtserwerb, nicht wie hier um abgeleiteten. 55) Hieran scheitert auch der naheliegende Vergleich der Stellung des Auflassungsempfängers nach Eingang des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt mit der des Ersitzungsbesitzers, der ebenfalls ohne sein Zutun durch Zeitablauf Eigentümer der Sache wird. Bei der rechtsgeschäftlichen Grundstücksübereignung, in deren Zusammenhang die Anwartschaft aus der Auflassung entsteht, ist der Erwerber des Grundstücks Rechts-

51) Hoche NJW 1955, 652; Perrey "Die Rechtsstellung des Käufers zwischen Auflassung und Eintragung" Seite 20 ff.

52) Würdinger a.a.O. Seite 78.

53) Enneccerus-Nipperdey Allg. Teil Halbbd. I § 73 I 3, Seite 441.

54) So v. Tuhr "Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts" Band I Seite 175 f. insbes. Seite 187.

55) Staudinger-Seufert Anm. 75 a zu § 873 BGB.

nachfolger des Veräußerers; beim Erwerb durch Ersitzung handelt es sich um Rechtsübergang, der keine Rechtsnachfolge ist ⁵⁶⁾, da der Eigentumserwerb des Ersitzungsbesitzers sich nicht auf das Recht des Voreigentümers stützt.

4. Es ist unbestritten, dass das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung vererblich ist. ⁵⁷⁾ Allerdings ergeben sich Unterschiede je nach dem, ob der Erbfall vor oder nach Eingang des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt eingetreten ist.

Hat der Erblasser den Eintragungsantrag nicht gestellt, so geht das Erwerbsrecht auf den Erben über, der nunmehr die Eigentumsumschreibung auf sich beantragen kann. Das Erwerbsrecht aus der Auflassung ist nicht so untrennbar an die Person des Erblassers gebunden, dass es nicht vererbt werden könnte. Auch ist kein schutzwürdiges Interesse des Veräußerers daran anzuerkennen, dass gerade derjenige, dem er die Auflassung erklärt hat, eingetragen wird und das Eigentum erlangt und nicht dessen Erbe. Dingliche Rechte, die der Erblasser dem Veräußerer im Zusammenhang mit der Auflassung bestellt und deren Eintragung er bewilligt hat, können auch nach dem Erbfall zur Entstehung gelangen, da der Erbe als Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers an dessen Erklärungen gebunden ist.

Für das grundbuchamtliche Verfahren ergibt sich die Antragsberechtigung des Erben schon daraus, dass er seine Eintragung als Grundstückseigentümer begehrt, § 13 Abs. II GBO. Damit der Antrag auch zur Eintragung führt, muss der Erbe nachweisen, dass die dem Erblasser erteilte Auflassung Grundlage für seine, des Erben, Eintragung als Eigentümer ist. Dieser Nachweis muss durch Vorlage eines Erbscheins erbracht werden, da die Begründetheit des Eintragungsantrags des Erben sich auf Grund Erbfolge ergibt, § 35 Abs. I GBO.

Ist der Erbfall nach dem Eingang des Eintragungsantrags eingetreten, dann geht das bis zu diesem Stadium entwickelte Anwartschaftsrecht des Erblassers mit der Folge auf den Erben über, dass dieser mit der Eintragung Eigentümer des Grundstücks wird. Fraglich ist nur, ob der Eigentumserwerb des Erben auch eintritt, wenn das Grundstück auf den Namen des Erblassers umgeschrieben wird. Ist dem Grundbuchrichter der Tod des Antragstellers bekannt, dann hat er jedenfalls die Eigentumsumschreibung auf den Namen des Verstorbenen abzulehnen, da dieser keine Rechte mehr erwerben kann und durch seine Eintragung das Grundbuch unrichtig würde. ⁵⁸⁾ Zulässig wäre es jedoch, die unbekannten Erben des am

56) Wolff-Raiser § 71 IV Seite 264; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil Halbbd. II § 139 I 2 a, Seite 582.

57) KG DNotZ 1930, 481; Kipp-Coing, Erbrecht, § 87 III Seite 322.

58) OLG (Jena) 18, 159; OLG (KG) 21, 21.

verstorbenen Eigentümers in Abteilung I des Grundbuchs einzutragen. 59) Auch wenn der Grundbuchrichter etwa aus seiner Tätigkeit als Nachlassrichter die Person des Erben kennt, darf er zur Erledigung des noch vom Erblasser gestellten Eintragsantrags ohne Erbscheinvorlage die Eigentumsumschreibung auf den Namen des Erben nicht vornehmen, § 35 Abs. I GBO. Trägt dagegen der Grundbuchrichter in Unkenntnis über den Erbfall den Erblasser als neuen Eigentümer ein, so ist das eine unschädliche falsa demonstratio, die den Grundstückserwerb des Erben nicht hindert. Es soll derjenige eingetragen werden, in dessen Person die Voraussetzungen für den durch die Eintragung herbeizuführenden Rechtserwerb vorliegen. Als Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers erfüllt der Erbe in seiner Person diese Voraussetzungen. Bei unbefangener Würdigung der nächstliegenden Bedeutung der noch auf den Namen des Erblassers lautenden Eintragung ist die Inkongruenz zwischen Bezeichnung und wahrer Rechtsinhaberschaft nicht entscheidend. Auch spätere Benützer des Grundbuchs müssten in diesem Fall die Eintragung des Erblassers so verstehen, dass in Wirklichkeit dessen Erbe als Berechtigter gemeint war. 60) Zur Richtigstellung bedarf es keiner Grundbuchberichtigung, da die Eintragung des Erblassers als eine solche des Erben aufzufassen ist und daher keine Grundbuchunrichtigkeit im technischen Sinne vorliegt. Es genügt ein Klarstellungsvermerk.

III. BESONDERE VEREINBARUNGEN ZWISCHEN VERÄUSSERER UND ERWERBER ÜBER DEN ZEITPUNKT DER HERBEIFÜHRUNG DES EIGENTUMSERWERBS.

1. Da die Parteien zwar das grundbuchamtliche Verfahren ingangsetzen, nicht aber den Zeitpunkt der Vornahme der Eintragung und damit den Zeitpunkt des Eigentumsübergangs bestimmen können, ist ein Austausch von Leistung und Gegenleistung nach dem Grundstückskaufvertrag Zug um Zug unmöglich. Ein Partner ist immer zur Vorleistung gezwungen. 61) Der Veräußerer ist daran interessiert, das Eigentum am Grundstück nicht eher zu verlieren, als er die Gegenleistung erhalten hat oder ihre Erbringung wenigstens genügend gesichert ist.

59) Wolff-Raiser, § 35 III 5, Seite 108; Güthe-Triebe! Anm. 2 ff., 17 zu § 15 GBV.

60) Hesse-Saage-Fischer § 53 IV 2 c GBO.

61) Die einzige Ausnahme im Liegenschaftsrecht bildet die Briefhypothek, die durch Übergabe des Hypothekenbriefs Zug um Zug gegen Auszahlung des Darlehens bestellt werden kann. Das wirtschaftliche Übergewicht des Geldgebers hat jedoch mit Hilfe des § 1117 Abs. II BGB die Vorleistung des Eigentümers im Ergebnis durchgesetzt. Vgl. Westermann, § 96 A II 4 c, Seite 453 f.

Andererseits ist dem Erwerber daran gelegen, nach der Auflassung alsbald im Grundbuch als Eigentümer eingetragen zu werden, da er andernfalls gewärtigen muss, dass der Veräußerer zwischenzeitlich anderweitig über das Grundstück verfügt. Das Sicherungsinteresse des Veräußerers als des in der Regel wirtschaftlich stärkeren Teils wird meist den Vorzug erhalten. Dies kann allerdings nicht dadurch geschehen, dass sich der Veräußerer das Eigentum bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises vorbehält, denn dies wäre eine aufschiebend bedingte Grundstücksübereignung (arg. §§ 455, 158 BGB), die § 925 Abs. II BGB für unwirksam erklärt. Üblich ist aber eine Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber, wonach der erwerbende Teil oder als dessen Vertreter der beurkundende Notar (§ 15 GBO) den Eintragungsantrag erst zu einem bestimmten Zeitpunkt beim Grundbuchamt soll einreichen dürfen. Als Zeitpunkt wird oft die Hinterlegung der bar zu zahlenden Kaufpreissumme beim beurkundenden Notar bestimmt.

2. Es liegt nahe, diese Vereinbarung dahin aufzufassen, dass das den Inhalt der Auflassungsanwartschaft bildende Erwerbsrecht erst entstehen soll, wenn das von den Parteien bezeichnete Ereignis eingetreten ist. Die Entstehung des Anwartschaftsrechts wäre damit aufschiebend bedingt, § 158 BGB. Erst in diesem Zeitpunkt käme der Auflassung die Rechtswirkung zu, die sie grundsätzlich schon bei der Erklärung hat: das Entstehen eines Anwartschaftsrechts. Die sich aus der Auflassung ergebende Rechtswirkung und damit die Auflassung selbst wäre ebenfalls aufschiebend bedingt, da sie vor Bedingungseintritt keinerlei Rechtswirkungen äussert. Eine solche Auflassung wäre nach § 925 Abs. II BGB nichtig.

Die Abrede der Parteien über den Zeitpunkt, zu dem der Eintragungsantrag gestellt werden dürfe, ist als schuldrechtliche Vereinbarung zu deuten, wonach sich der Erwerber verpflichtet, sein sich aus der Auflassung ergebendes Erwerbsrecht erst nach Eintritt eines bestimmten Ereignisses durch Stellung des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt zu realisieren. Als nur schuldrechtliche Vereinbarung lässt die Praxis diese Parteiabrede zu.⁶²⁾ Hiergegen wurde vorgebracht, dass die Auflassung, wie sich aus § 925 Abs. II BGB ergebe, zwingend auf sofortige Eigentumsübertragung gerichtet sei und diese eine sofortige Eintragung voraussetze. Es sei ein Widerspruch, in der Auflassung die Einigung über den sofortigen Eigentumsübergang zu erklären, gleichzeitig jedoch zu vereinbaren, dass die den Eigentumsübergang vollendende Eintragung erst später herbeigeführt werden solle.⁶³⁾

Dem ist aber entgegenzuhalten, dass die Einigung über den Eigentumsübergang als solche nicht von einer Bedingung oder Zeitbestimmung abhängig gemacht,

62) KGJ 43 A 200; LG München I, DNotZ 1950, 35; Staudinger-Seufert, Anm. 81 a zu §§ 925, 925 a BGB.

63) Eugen Fuchs, JW 1919, 218 und 414.

sondern nur der Grundbuchamtliche Vollzug zeitlich hinausgeschoben ist. ⁶⁴⁾ Eine lediglich schuldrechtliche Vereinbarung darüber, wann der Eintragungsantrag gestellt werden dürfe, vereitelt auch nicht den Zweck des § 925 Abs. II BGB. Dieser ist dahin zu umschreiben, dass eine Grundbuchunrichtigkeit vermieden werden soll, die sich bei Zulassung einer bedingten oder befristeten Auflassung ergeben könnte, wenn bedingtes oder befristetes Eigentum eingetragen, die Bedingung oder Befristung jedoch schon eingetreten ist. ⁶⁵⁾ Eine schuldrechtliche Vereinbarung über den Zeitpunkt, wann der Eintragungsantrag gestellt werden dürfe, kann nie Ursache einer Grundbuchunrichtigkeit sein.

Stellt der Erwerber entgegen der Vereinbarung den Eintragungsantrag beim Grundbuchamt, so hindert die Vertragswidrigkeit der Eintragung nicht, dass er die Rechtsstellung als Eigentümer erwirbt. ⁶⁶⁾ Das Grundbuchamt darf den Eintragungsantrag nicht zurückweisen, selbst wenn die schuldrechtliche Vereinbarung über den Zeitpunkt, zu dem der Erwerber dem Veräußerer gegenüber den Eintragungsantrag stellen darf, aus der Auflassungsurkunde hervorgeht und auch bekannt ist, dass dieser Zeitpunkt noch nicht eingetreten ist. ⁶⁷⁾ Die Parteien können die Antragsberechtigung, die § 13 Abs. II GBO dem Erwerber als dem von der beantragten Eintragung unmittelbar Begünstigten zuspricht, nicht willkürlich ausschliessen, da es sich um eine Vorschrift prozessualer Natur handelt.

In diesem Fall ist der Veräußerer auf einen Schadensersatzanspruch gem. §§ 280 Abs. I, 276 BGB beschränkt, weil der Erwerber infolge der Zuwiderhandlung gegen die Vereinbarung sich die Erfüllung der Unterlassungspflicht schuldhaft unmöglich gemacht hat. Der Veräußerer kann verlangen, dass der vor Herbeiführung der Eintragung bestehende Zustand wieder hergestellt wird, § 249 BGB. Demnach ist der Erwerber zur Rückübereignung des Grundstücks gegen Neuvernahme der Auflassung verpflichtet. Der schuldrechtliche Anspruch auf Grundstücksübergabe aus dem Grundgeschäft ist ohnehin nicht gem. § 362 Abs. I BGB erloschen, weil die Beteiligten mit dem Hinausschieben der Eintragung als letzte Voraussetzung für den Eigentumsübergang zum Ausdruck gebracht haben, dass die Erfüllung ebenfalls auf Zeit ausgeschlossen sein solle. Im Wege der Schadensersatzleistung kann sich der zur Herstellung des früheren Zustandes verpflichtete Erwerber auch nicht etwa auf die gegebenenfalls nach § 313 Satz 2 BGB eintretende Heilungswirkung der abredewidrig herbeigeführten Eintragung berufen. ⁶⁸⁾

64) Henke-Mönch-Horber, Anm. 4 b zu § 20 GBO.

65) OLG Düsseldorf, NJW 1954, 1041.

66) RG Gruch. Beitr. 68, 548 f.

67) Wolff-Raiser, § 61 I 3 a, Seite 212.

68) RG a. a. O.

Um ganz sicher zu gehen, muss der Veräußerer verhindern, dass dem Erwerber eine Ausfertigung der Auflassungsurkunde ausgehändigt wird. Dies kann, da der Erwerber die Erteilung einer Ausfertigung beanspruchen kann, 69) nur dadurch geschehen, dass sich beide Teile dahin einigen, es solle die für den Erwerber bestimmte Ausfertigung beim beurkundenden Notar hinterlegt bleiben, bis die Erbringung der Gegenleistung gesichert ist. Die Eintragung vermag der Erwerber in diesem Fall nicht herbeizuführen, da er den nach §§ 20, 29 GBO in grundbuchmässiger Form vorzulegenden Nachweis der Auflassung nicht erbringen kann.

Eine Vereinbarung über die Hinterlegung der Auflassungsurkunde beim Notar wird ebenfalls für zulässig gehalten. 70) Dem ist zuzustimmen. Die Übergabe der Auflassungsurkunde ist rechtlich nicht zur Entstehung des Anwartschaftsrechts notwendig, zumal auch die Auflassung selbst nicht beurkundet sein muss, um materiell-rechtlich wirksam zu sein. Das Erwerbsrecht des Auflassungsempfängers gegenüber dem Veräußerer wird auch in diesem Fall mit der Auflassung begründet und nur der grundbuchamtliche Vollzug hinausgeschoben. Der Unterschied zur blossen schuldrechtlichen Abmachung, gegenwärtig keinen Eintragungsantrag zu stellen, liegt darin, dass der Erwerber keinen Antrag stellen kann, weil er nicht im Besitz aller Eintragungsunterlagen ist. Gelangt er in ihren Besitz und führt er die Eintragung herbei, so wird er Eigentümer, auch wenn das Ereignis, an dessen Eintritt die Aushändigung der Eintragungsunterlagen an den Erwerber durch Parteiabsprache geknüpft ist, noch aussteht. Der Erwerber hat ein Anwartschaftsrecht, nur soll er es derzeit auf Grund schuldrechtlicher Vereinbarung mit dem Veräußerer nicht realisieren dürfen und aus grundbuchrechtlichen Gründen nicht realisieren können.

3. Da die Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber über das zeitliche Hinausschieben des grundbuchamtlichen Vollzugs der Auflassung nur eine schuldrechtliche Verpflichtung für den Auflassungsempfänger erzeugt, muss die Frage, ob der Einzelrechtsnachfolger des Erwerbers an diese Absprache gebunden ist, verneint werden.

Die Verpflichtung, das Anwartschaftsrecht gegenwärtig nicht zu realisieren, besteht nur für den Auflassungsempfänger; sie wird auch nicht zum Inhalt des Anwartschaftsrechts, da dieses ausschliesslich auf den Erwerb des Grundstücks gerichtet ist und der endgültige Erwerb nicht durch Eintragung nur bedingten oder künftigen Eigentums (arg. § 925 Abs. II BGB), sondern allenfalls durch das Hinausschieben der Vornahme der Eintragung mit Hilfe entsprechender schuldrechtlicher Vereinbarungen auf später verlegt werden kann. Da das Anwartschaftsrecht aus der

69) Öffentliche Urkunden sind an den auszuhändigen, dessen Erklärungen aufgenommen wurden. So OLG München, DNotZ 1954, 552.

70) RG Gruch. Beitr. 68, 546.

Auflassung, was die Übertragung betrifft, nicht über § 413 BGB den Forderungsrechten gleichzustellen ist, ⁷¹⁾ scheidet auch die Anwendung des § 404 BGB aus. Die Rechtslage ist ähnlich, wenn bei Bestellung etwa einer Grunddienstbarkeit nach §§ 873, 1018 ff. BGB zwischen Besteller und Erwerber besondere schuldrechtliche Abmachungen über die Ausübung des Rechts getroffen wurden, die dem Erwerber über die allgemeine Regelung des § 1020 BGB hinausgehende Beschränkungen auferlegen. Diese persönlichen Ansprüche richten sich dann nur gegen den Dienstbarkeitsberechtigten, der an die Vereinbarung gebunden ist, nicht jedoch gegen dessen Einzelrechtsnachfolger, von dem lediglich die Beachtung der Schranken des § 1020 BGB verlangt werden kann.

§ 4 ANWARTSCHAFTSRECHT UND KAUSALES SCHULDVERHÄLTNIS.

I. DIE ERKLÄRUNG DER AUFLASSUNG ALS ERFÜLLUNG DER SCHULDNER-SCHULD.

1. Nach dem Kaufvertrag ist der Verkäufer eines Grundstücks verpflichtet, dieses dem Käufer zu übereignen, §§ 433 Abs. I Satz 1, 313 BGB. Obgleich die Übereignung durch Auflassung und Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuch erfolgt, besteht die Mitwirkungshandlung, die vorzunehmen der Verkäufer verpflichtet ist, nur in der Erklärung der Auflassung. Die Herbeiführung der Eintragung ist nach der Auflassung auch dem Käufer möglich, da er von sich aus den Antrag auf Eigentumsumschreibung beim Grundbuchamt stellen kann, § 13 Abs. II GBO. Einer Klage des Käufers mit dem Ziel, den Verkäufer zu verurteilen, auch die Eintragung des Käufers als Eigentümer herbeizuführen, würde das Rechts-

71) Der Grundsatz, dass Anwartschaftsrechte wie das jeweilige Vollrecht übertragen werden, auf dessen Erwerb sie gerichtet sind, ist jetzt allgemein anerkannt. Der Grund hierfür ist jedenfalls der, dass nur durch Übertragung des Anwartschaftsrechts in der Form der Vollrechtsübertragung erreicht werden kann, dass der neue Inhaber des Anwartschaftsrechts das Vollrecht ohne Durchgangserwerb seines Vormannes erlangt.

Vgl. allgemein zu dieser Frage Westermann, § 5 III 3 d, Seite 32.

schutzbedürfnis fehlen. 72)

2. Wenn auch die Hauptverpflichtung des Grundstücksverkäufers im Sinne einer positiven Bewirkungspflicht mit der Erklärung der Auflassung im Regelfall als erfüllt anzusehen ist, kann doch bisweilen eine weitere Mitwirkung des Veräußerers auch nach erklärter Auflassung erforderlich sein, damit der geschuldete Erfolg, die Übereignung des Grundstücks, eintritt. In Frage kommt die Mitwirkung des Veräußerers bei der Beschaffung der öffentlich-rechtlichen Genehmigungen, ohne die die Eintragung des Erwerbers als Eigentümer nicht vorgenommen werden darf. Gegebenenfalls hat der Veräußerer auch noch die Auflassungsurkunde freizugeben, wenn diese auf Grund einer besonderen Parteivereinbarung zunächst hinterlegt wurde. Da die Auflassung für den Veräußerer keine Verpflichtung zur Bewirkung der Eigentumsübertragung erzeugt, muss auf das zugrunde liegende Schuldverhältnis zurückgegriffen werden, um dem Erwerber einen Anspruch gegen den Veräußerer auf Mitwirkung geben zu können.

Die praktisch wichtigste aus dem kausalen Schuldverhältnis fortwirkende Verpflichtung des Veräußerers ist die zur Unterlassung alles dessen, was den Eigentumserwerb des Auflassungsempfängers beeinträchtigen oder vereiteln könnte. Diese Unterlassungspflicht besteht vor und nach der Auflassung und wird erst praktisch im konkreten Fall ihrer Verletzung.

Als unselbständige Nebenrechte sind diese teils auf ein positives Tun, teils auf Unterlassung gerichteten Ansprüche nur zusammen mit dem Anspruch auf Erklärung der Auflassung, der Hauptverpflichtung des Verkäufers, abtretbar. Die Ansprüche erlangen auch nicht Selbständigkeit, sobald die Hauptverpflichtung, die Erklärung der Auflassung, erfüllt ist. 73) Selbständigkeit der Nebenansprüche bedeutet selbständige Abtretbarkeit. Infolge der Abtretung könnte der Zessionar diese Nebenansprüche im eigenen Namen und für eigene Rechnung geltend machen. Das hiesse vom Veräußerer gegebenenfalls die Unterlassung anderweitiger Verfügungen über das Grundstück verlangen, die den Eigentumserwerb des Anspruchsberechtigten beeinträchtigen oder vereiteln. Für den Anspruchsberechtigten, dem lediglich die Nebenansprüche, nicht auch das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung übertragen wurden, scheidet der Erwerb des Eigentums am Grundstück aus. Die Unterlassung von Verfügungen über das Grundstück zu verlangen, die den mit dem Gläubiger der Nebenansprüche nicht identischen Inhaber des Anwartschaftsrechts möglicherweise schädigen, ist aber nicht Sinn und Zweck einer Abtretung der Nebenansprüche zu vollem eigenen Recht des Zessionars. Wenn also die Nebenansprüche aus dem der Grundstücksübereignung zugrunde liegenden Schuldverhältnis nach erklärter Auflassung abgetreten werden sollen, dann nur zusammen mit dem Anwartschaftsrecht oder, falls dieses bereits übertragen, an den neuen Inhaber.

72) Marcuse, JW 1923, 41.

73) Hoche, NJW 1955, 934.

II. DAS NEBENEINANDERBESTEHEN VON ANWARTSCHAFTSRECHT UND DEM DER DINGLICHEN RECHTSSTELLUNG ZUGRUNDE LIEGENDEN SCHULDVERHÄLTNIS. 74)

1. Die Rechtssituation zwischen Auflassung und Eintragung ist dadurch gekennzeichnet, dass einerseits wesentliche Voraussetzungen des dinglichen Rechtserwerbs erfüllt sind, andererseits das der Grundstücksübereignung zugrunde liegende Schuldverhältnis noch nicht vollständig abgewickelt ist. Die Eintragung des Erwerbers, die das Erstarken des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung zum Vollrecht Eigentum bewirkt, hat gleichzeitig das Erlöschen der noch aus dem Schuldverhältnis herrührenden Nebenansprüche zur Folge. Da diese Nebenansprüche sich aus der Verpflichtung des Veräußerers zur Herbeiführung des Übereignungserfolgs herleiten, ist mit dem Eintritt dieses Erfolgs der Obligationszweck erreicht.

Setzt sich demnach die Rechtsstellung des Auflassungsempfängers aus schuldrechtlichen (obligatorische Nebenansprüche aus dem kausalen Schuldverhältnis) und sachenrechtlichen Elementen (Anwartschaftsrecht aus der Auflassung) zusammen, so ergibt sich für die rechtliche Behandlung das Problem ihres Verhältnisses zueinander.

Bei rein wirtschaftlicher Betrachtungsweise liegt es nahe, die dem Auflassungsempfänger aus seiner dinglichen Rechtsstellung und aus dem kausalen Schuldverhältnis zustehenden Rechte als Einheit aufzufassen, so dass über sie durch einheitlichen Übertragungsakt verfügt werden kann. Die Nebenansprüche dienen ohnehin nur der Realisierung und Sicherung des Anwartschaftsrechts, indem sie, soweit sie auf eine positive Mitwirkung des Veräußerers gerichtet sind, Eintragungshindernisse öffentlich-rechtlicher Art beseitigen helfen und, soweit sie eine Unterlassungspflicht zum Inhalt haben, einen wenn auch nur schuldrechtlichen Schutz gegen schädigende anderweitige Verfügungen über das Grundstück vor der Eintragung des Erwerbers gewähren sollen. Die schuldrechtlichen Nebenansprüche stehen infolge ihrer Zweckbestimmung in so engem Zusammenhang mit der dinglichen Rechtsstellung des Auflassungsempfängers, dass eine einheitliche rechtliche Behandlung gerechtfertigt ist. Dem Einzelrechtsnachfolger des Auflassungsempfängers erwächst aus einer Übertragung aller Rechte *uno actu* der Vorteil, bei drohender anderweitiger Verfügung über das Grundstück die Nebenansprüche geltend machen und notfalls gegen den Veräußerer eine einstweilige Verfügung nach § 936 ZPO erwirken zu können. Der neue Inhaber des Anwartschaftsrechts braucht sich von seinem **Rechtsvorgänger** die Nebenansprüche nicht erst abtreten zu lassen und verliert damit keine wertvolle Zeit. Nach der Übertragung des Anwartschafts-

74) Auf die fortdauernde Verbindung von kausalem Schuldverhältnis und Anwartschaft als Gegensatz zum dinglichen Vollrecht wird von Wolff-Raiser, § 2 II, Seite 13 hingewiesen.

rechts sind die restlichen Ansprüche aus dem kausalen Schuldverhältnis für den ersten Auflassungsempfänger nutzlos, da der Erwerb des Eigentums am Grundstück, der durch die Nebenansprüche vor vertragswidrigen Verfügungen des Veräußerers schuldrechtlich gesichert wird, für ihn nicht mehr in Frage kommt. Zur Abtretung der Nebenansprüche ist der Auflassungsempfänger ohnehin aus dem der Übertragung des Anwartschaftsrechts zugrunde liegenden Schuldverhältnis verpflichtet. 75)

Eine derartige Zusammenfassung aller dem Auflassungsempfänger gegen den Veräußerer zustehenden Rechte ist jedoch undurchführbar. Rechtspositionen, die sich aus obligatorischen und dinglichen Rechten zusammensetzen, werden nur dann als Einheit behandelt, wenn die Grundlage, aus der diese Rechte erwachsen, die gleiche ist. 76) Das ist bei der Rechtsstellung des Auflassungsempfängers, dessen Rechte teils aus dem der Grundstücksübereignung zugrunde liegenden Schuldverhältnis, teils aus der Auflassung hervorgehen, nicht der Fall. Es kommt hinzu, dass grundsätzlich die Begründung und Übertragung dinglicher Rechte von dem die Rechtsänderung zwischen den Beteiligten rechtfertigenden Schuldverhältnis losgelöst ist, mag der Verfügungstatbestand ganz oder nur zum Teil erfüllt sein. Die schuld- und sachenrechtlichen Elemente der Rechtsstellung des Auflassungsempfängers regeln sich nach den jeweils für sie geltenden Grundsätzen. Da obligatorische Rechte durch bloße Einigung (§ 398 BGB), dingliche Anwartschaftsrechte 77) jedoch wie das Vollrecht, auf dessen Erwerb sie gerichtet sind, übertragen werden, scheidet die Möglichkeit einer Zession aller dem Auflassungsempfänger gegen den Veräußerer zustehenden Rechte durch einheitlichen Übertragungsakt aus.

Eine einheitliche Zusammenfassung aller dieser Rechte lässt sich nur herbeiführen, wenn man zwischen den aus dem Grundgeschäft einerseits und den aus der Auflassung andererseits hervorgehenden Rechten ein wechselseitiges Abhängigkeitsverhältnis annimmt.

75) Hoche, NJW 1955, 934.

76) Hier ist das Miteigentum nach Bruchteilen zu nennen. Der Miteigentumsanteil ist Eigentum und alle Regeln des Eigentums gelten für ihn; aus ihm ergeben sich dingliche Ansprüche gegen Dritte und gegen die anderen Miteigentümer, gegen letztere aber auch schuldrechtliche Ansprüche wie der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft nach § 749 BGB, der nicht selbständig abtretbar ist und unmittelbar darauf beruht, dass eine Sache mehreren Personen gleichrangig zugeordnet ist.

77) Anwartschaften werden als dinglich bezeichnet, wenn sie ein dingliches Recht vorbereiten (Wolff-Raiser, § 2 Anm. 10, Seite 11), ohne dass hiermit etwas über ihre Rechtsnatur ausgesagt werden soll.

Es wäre denkbar, ausschliesslich den schuldrechtlichen Übereignungsanspruch aus dem Grundstückskaufvertrag in den Vordergrund zu stellen und zum alleinigen Gegenstand der Übertragung zu machen. Dieser Anspruch ist erst mit der Eintragung des Auflassungsempfängers erledigt. ⁷⁸⁾ Nach erklärter Auflassung ergibt sich nur die Besonderheit, dass der Käufer nicht mehr auf die Mitwirkung des Veräusserers zur Übereignung des Grundstücks angewiesen ist, sondern selbstständig den Eigentumserwerb herbeiführen kann. Diese Betrachtungsweise würde der Bedeutung der Position des Grundstückskäufers nach der Auflassung nicht gerecht werden. Das entscheidende Mehr gegenüber dem blossen Anspruch auf Übereignung ist das Erwerbsrecht aus der Auflassung, das Anwartschaftsrecht. Praktisch ist es für den Käufer ein erheblicher Unterschied, ob er etwa den Verkäufer erst auf Übereignung verklagen und möglicherweise einen langwierigen Prozess in Kauf nehmen muss oder ob er sich unabhängig vom Verkäufer durch eigene Tätigkeit das Eigentum verschaffen kann und dem Verkäufer gegenüber verschaffen darf. Die dem Käufer noch aus dem Schuldverhältnis nach erklärter Auflassung zustehenden Rechte sind bedeutungslos, wenn sich der Verkäufer vertragstreu verhält.

Die andere Lösungsmöglichkeit bestände darin, das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung als Hauptrecht aufzufassen, dem die Nebenansprüche, die nur Sicherungsfunktion haben, bei der Übertragung folgen. Eine Grundlage hierfür liesse sich aus einer entsprechenden Anwendung des § 401 BGB gewinnen, wonach unselbständige Sicherungsrechte wie Hypotheken, Bürgschaften oder die Rechte aus einer Vormerkung ⁷⁹⁾ von selbst mit der Übertragung der gesicherten Forderung auf den neuen Gläubiger übergehen.

Dem ist entgegenzuhalten, dass das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung wie das Vollrecht, nicht aber durch schlichte Einigung gemäss §§ 413, 398 BGB übertragen wird und infolge Unanwendbarkeit von § 413 BGB auch kein Weg zu § 401 BGB führt. Die in § 401 BGB ausdrücklich genannten Rechte sind vom Bestehen der gesicherten Forderung abhängig; soweit diese Bestimmung entsprechend auf Rechte aus einer Vormerkung oder auf Hypotheken- oder Pfandrechtstitel ⁸⁰⁾ angewendet wird, handelt es sich ebenfalls um solche Nebenrechte, die akzessorisch sind. Anwartschaftsrecht und Nebenansprüche haben unabhängig voneinander Bestand. Dass das schuldrechtliche Grundgeschäft von der Rechtsgültigkeit des dinglichen Vollzugsgeschäfts abhängig sein soll, ist noch nie behauptet worden.

78) KG JFG 7, 331. Mit dieser Erwägung wurde auch noch nach der Auflassung die Pfändung des "Anspruchs des Käufers auf Übertragung des Eigentums" zugelassen (KG JFG 3, 297).

79) RGZ 142, 333; Wolff-Raiser § 48 V Seite 162.

80) RGZ 126, 384.

Umgekehrt ist die Abhängigkeit der Verfügungsgeschäfte von ihrem Rechtsgrund vom Gesetz dadurch ausgeschlossen worden, dass es den Rechtsgrund nicht als Voraussetzung des Verfügungstatbestandes nennt, mögen auch gewichtige Gründe gegen den Abstraktionsgrundsatz sprechen. Eine entsprechende Anwendung des § 401 BGB mit der Abwandlung, dass der erste Auflassungsempfänger bei Übertragung des Anwartschaftsrechts auch zur Abtretung der Nebenansprüche verpflichtet ist, muss gleichfalls abgelehnt werden. Zwar wird dieser Weg bei der Zession von Forderungen, zu deren Sicherung fiduziarisches Eigentum übertragen wurde, eingeschlagen, obgleich Sicherungseigentum ein selbständiges Sicherungsmittel ist ⁸¹⁾; das Verhältnis von Forderung und Sicherungseigentum ist jedoch auch nicht annähernd mit dem von Anwartschaftsrecht aus der Auflassung und den Nebenansprüchen aus dem kausalen Schuldverhältnis vergleichbar.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung und die Nebenansprüche, die aus dem der Grundstücksübereignung zugrunde liegenden Schuldverhältnis erwachsen, nicht als Einheit zu betrachten sind. Das Anwartschaftsrecht wird wie das Vollrecht, die Nebenansprüche werden durch bloße Einigung übertragen. Der erste Auflassungsempfänger kann sein Anwartschaftsrecht rechtswirksam auch ohne die Nebenansprüche an einen Dritten übertragen. Die Person des etwaigen Zessionars der Nebenansprüche ist dahin bestimmt, dass nur derjenige die Nebenansprüche zu vollem eigenen Recht erwerben kann, der Inhaber des Anwartschaftsrechts ist, da nur in seiner Person der Erwerb des Vollrechts eintritt, der durch die Nebenansprüche in gewissen Grenzen gesichert ist.

2. Das BGB lässt in manchen Fällen die Heilung eines wegen Formmangels nichtigen Schuldverhältnisses, das einer Grundstücksübereignung zugrunde liegt, durch Auflassung und Eintragung zu, §§ 515, 518 Abs. II, 313 Satz 2 BGB. ⁸²⁾ Die "Heilung" des Formmangels hat zur Folge, dass mit der der Auflassung folgenden Eintragung für einen gedachten Augenblick der schuldrechtliche Übereignungsanspruch entsteht, aber sogleich durch Erfüllung gemäss § 362 Abs. I BGB erlischt. ⁸³⁾ Die andere Konstruktionsmöglichkeit, der Heilung des Formmangels nur die Bedeutung beizulegen, dass ein Bereicherungsanspruch wegen rechtsgrundlosen Eigentumserwerbs ausgeschlossen ist, scheidet angesichts des Wortlauts des § 313

81) RGZ 89, 195; 91, 279.

82) Beim Grundstückstausch tritt der Heilungserfolg des § 313 Satz 2 BGB erst ein, wenn hinsichtlich beider Grundstücke die Auflassung erklärt und die beiderseitige Eigentumsumschreibung vorgenommen wurde, RGZ 56, 386 und h. M.

83) OLG Celle, NJW 1958, 1095.

Satz 2 BGB aus. Wenn bestimmt ist, dass der ohne Wahrung der gesetzlich vorgeschriebenen Form abgeschlossene Vertrag durch Auflassung und Eintragung seinem ganzen Inhalt nach gültig wird, so hat das auch die Entstehung eines Übereignungsanspruchs zur Folge, falls dem Vertrag kein anderer Fehler als lediglich der Mangel der vorgeschriebenen Form anhaftet.

Der Erwerb eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Grundstücksübereignung infolge Wirksamwerdens des Grundgeschäfts ist demnach mit dem Eigentumserwerb durch die der Auflassung nachfolgende Eintragung des Auflassungsempfängers verknüpft. Die Aussicht auf den Erwerb des schuldrechtlichen Übereignungsanspruchs, der dem Eigentumserwerb den objektiven Rechtsgrund verleiht, ist ebenso wie die auf den Erwerb des Eigentums durch Eintragung nach erklärter Auflassung zu beurteilen. Da der Erwerber nach der Auflassung die Eintragung im Grundbuch ohne Mitwirkung des Veräußerers herbeiführen und damit auch den schuldrechtlichen Übereignungsanspruch infolge der Heilungswirkung von Auflassung und Eintragung zur Entstehung gelangen lassen kann, ist es gerechtfertigt, nicht nur von einer tatsächlichen Aussicht, sondern bereits von einem künftigen Anspruch auf Grundstücksübereignung zu sprechen. 84)

Die Ansicht des OLG Celle, wonach dieser künftige Anspruch gem. § 883 Abs. I Satz 2 BGB schon jetzt durch Vormerkung sicherbar sein soll, hat im Schrifttum Ablehnung erfahren. 85)

Um das Grundbuch vor Überlastung zu bewahren, wird man verlangen müssen, dass das künftige Entstehen des durch Vormerkung zu sichernden Anspruchs nicht ganz ungewiss ist. Es muss jedoch genügen, wenn der Veräußerer durch einseitigen Widerruf dem Auflassungsempfänger die Rechtsstellung nicht mehr entziehen kann, die zur Eintragung und damit auch zur Entstehung des obligatorischen Übereignungsanspruchs führt. Lässt man dies für die Anerkennung der Anwartschaft aus der Auflassung - soweit der Eigentumserwerb gegenüber dem Veräußerer in Betracht kommt - als subjektives Recht genügen, so muss man folgerichtig in diesem Zeitpunkt schon einen künftigen durch Heilung mit der Eintragung entstehenden Übereignungsanspruch annehmen, wenn das kausale Schuldverhältnis nur wegen

84) Dieser künftige Anspruch ist nicht identisch mit einem obligatorischen Anwartschaftsrecht. Ist das Entstehen eines Anspruchs deshalb mit Sicherheit zu erwarten, weil die Erwerbsaussicht durch einseitige Handlung des anderen Teils nicht mehr vereitelt werden kann, so ist gegenwärtig ein obligatorisches Anwartschaftsrecht auf Erwerb eines schuldrechtlichen Anspruchs gegeben. Man kann sagen, ein obligatorisches Anwartschaftsrecht ist Indiz für die Entstehung eines Anspruchs. Dieser wird bereits vorher als "künftiger" verwertbar und durch Vormerkung (§ 883 Abs. I, 2 BGB) sicherbar gemacht.

85) Diehl, NJW 1958, 1496; Schilling, DNotZ 1958, 573; Seufert JR 1959, 169.

Formmangels nichtig ist. Dieser künftige Anspruch ist auch durch Vormerkung sicherungsfähig; diese schützt allerdings nicht vor zwischenzeitlicher anderweitiger Grundstücksübereignung, da das Entstehen des nur als künftig sich ergebend gesicherten Übereignungsanspruchs ebenso wie der Eigentumserwerb auf Grund des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung voraussetzt, dass das Grundstück zwischenzeitlich nicht sonst übereignet wird. 86)

86) Seufert a. a. O. Seite 170 weist darauf hin, dass eine anderweitige Grundstücksübereignung das Entstehen des künftigen Anspruchs verhindern kann, nicht aber eine Grundstücksbelastung, da hier der Erwerber eingetragen und der Kaufvertrag wirksam wird. Gem. §§ 883 III, 888 I BGB kann sogar die Löschung der Belastung verlangt werden. Insoweit hat die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines künftigen, erst durch Eintragung nach § 313 S. 2 BGB entstehenden Anspruchs durchaus Sinn.

II. A B S C H N I T T

DAS ANWARTSCHAFTSRECHT AUS DER AUFLASSUNG
IN SEINER WIRKUNG GEGENÜBER DRITTEN.§ 5 ZERSTÖRUNG DES ANWARTSCHAFTSRECHTS INFOLGE
ZWISCHENZEITLICHEN ERWERBS DES GRUNDSTÜCKS
DURCH DRITTE.I. DIE RECHTSLAGE BEI ZWISCHENZEITLICHER GRUNDSTÜCKSVERÄUSSE-
RUNG.

1. Auch nach erklärter Auflassung ist der Veräußerer bis zur Eintragung des Erwerbers im Grundbuch noch Eigentümer des Grundstücks. Als solcher ist er in der Lage, das Grundstück durch Auflassung und Eintragung anderweitig zu übereignen, mag er auch dem ersten Auflassungsempfänger gegenüber aus dem Grundstück schuldrechtlich zur Unterlassung anderweitiger Verfügungen über das Grundstück, soweit sie den Erwerb des Eigentums durch den Auflassungsempfänger beeinträchtigen oder vereiteln, verpflichtet sein. Ein Erwerb kollidierender Rechte scheitert nur an entgegenstehenden fertigen dinglichen Rechten. ⁸⁷⁾ Es ist auch unerheblich, ob der zwischenzeitliche Erwerber Kenntnis davon hat, daß bereits anderweitig die Auflassung erklärt wurde. Schlechter Glaube hindert den Erwerb vom Nichtberechtigten, nicht aber den Erwerb vom Noch-Berechtigten. ⁸⁸⁾

Eine anderweitige Übereignung des Grundstücks hat zur Folge, dass der Auflassungsempfänger nicht mehr das Eigentum am Grundstück erwerben kann. Die den Eigentumserwerb vollendende Eintragung des Auflassungsempfängers als neuer Eigentümer ist schon nach dem formellen Liegenschaftsrecht ausgeschlossen.

a) Geht der Eintragungsantrag des ersten Auflassungsempfängers nach dem des zwischenzeitlichen Erwerbers beim Grundbuchamt ein, dann steht der Eintragung des ersten Auflassungsempfängers der § 17 GBO entgegen, der in diesem Fall die Unzulässigkeit der später beantragten Eintragung bewirkt. ⁸⁹⁾

87) RGZ 55, 342;

88) RGZ 73, 53.

89) Wolff-Raiser, § 32 Anm. 3, Seite 97 für den Fall, dass nach Eingang des Antrags auf Eigentumsumschreibung ein Gläubiger des Veräußerers den Antrag auf Eintragung einer Zwangshypothek beim Grundbuchamt einreicht.

Ein Verstoß gegen diese Bestimmung ist materiell-rechtlich bedeutungslos. Die Eigentumsumschreibung zugunsten des zwischenzeitlichen Erwerbers soll der Grundbuchrichter nach Ansicht des BayObLG zunächst ablehnen dürfen, wenn "mit Sicherheit ein gegen Treu und Glauben verstossendes schädigendes Verhalten des Veräußerers erkennbar ist". 90) Wie sich aus dieser vorsichtig gefassten Formulierung ergibt, bietet die Tatsache, dass der Veräußerer trotz bereits erklärter Auflassung anderweitig das Grundstück veräußern will, für sich allein noch keinen Grund, die Eintragung des Zwischenerwerbers zu versagen. 91)

b) Nach erfolgter Eintragung des zwischenzeitlichen Erwerbers verhindern die §§ 19, 20 GBO den Vollzug des nunmehr beim Grundbuchamt eingereichten Eintragungsantrags des ersten Auflassungsempfängers. Da es jetzt der zwischenzeitliche Erwerber ist, dessen Recht durch die vom ersten Auflassungsempfänger beantragte Eintragung betroffen würde, ist die vom Veräußerer dem ersten Auflassungsempfänger erklärte Auflassung keine geeignete Eintragungsgrundlage mehr. In diesem Fall wäre der Eigentumserwerb des ersten Auflassungsempfängers selbst bei Vornahme der Eintragung aus materiell-rechtlichen Gründen ausgeschlossen. Die in bindender Weise an den ersten Erwerber erklärte Auflassung führt erst mit der Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch zum Eigentumsübergang. Daher muss das Recht des Verfügenden bis zur Vollendung der Rechtsänderung fort-dauern, also im Zeitpunkt der Eintragung noch vorhanden sein. 92)

2. Dieses Ergebnis ist unbefriedigend. 93) Die Bindung des Veräußerers an die Auflassung ist ohne wesentliche praktische Bedeutung, da sie eine Verfügungsbeschränkung für den Veräußerer, an deren Eintritt ein erhebliches und anerkennenswertes Interesse des Auflassungsempfängers besteht, gerade nicht zur Folge hat. Es ist kein Grund ersichtlich, dem Veräußerer auch noch nach erfolgter Auflassung die Möglichkeit zu belassen, zum Schaden des Erwerbers anderweitig über das Grund-

90) BayObLG JFG 2, 343 f.

91) Vgl. Wolff-Raiser, § 38 Anm. 36, Seite 125.

92) BayObLG NJW 1956, 1279.

Entgegen der Meinung des BayObLG a.a.O. und der Hohes in NJW 1955, 652 wird man nicht mit Recht sagen können, dass die in bindender Weise erklärte Einigung (Auflassung) unter der Rechtsbedingung stehe, dass die Eintragung im Grundbuch erfolgt. Die Eintragung ist **Tatbestandsmerkmal** der rechtsgeschäftlichen Grundstücksübereignung, nicht Bedingung der Wirksamkeit des Übereignungstatbestandes. Vgl. Enneccerus-Nipperdey Allg. Teil Halbbd. II § 194 II 2 a Seite 840 und OLG Celle NJW 1958, 871.

93) Anders zum Teil als das RG in RGZ 55, 342; 73, 53 die Instanzgerichte.

stück zu verfügen. Da es der Parteiwille ist, der grundsätzlich die privatrechtlichen Beziehungen verändert und gestaltet, wäre es gerechtfertigt, auch bei der Grundstücksübereignung hauptsächlich auf die in der Auflassung erklärte Einigung über den Eigentumsübergang abzustellen und der in einem amtlichen Verfahren erfolgenden Eintragung als blosses Vollzugsmoment nur sekundäre Bedeutung beizumessen. Hieraus liesse sich die Folgerung ziehen, dass nach der Auflassung der Veräusserer sich im wesentlichen seines Eigentums begeben habe und daher anderweitig hierüber nicht mehr verfügen könne.

Nach dem gegenwärtigen Rechtszustand, wie er sich aus dem BGB und der GBO ergibt, muss man jedoch die Bedenken in Kauf nehmen, die gegen die Möglichkeit einer anderweitigen Verfügung über das Grundstück nach der Auflassung bestehen.

Auflassung und Eintragung sind als gleichwertige Voraussetzungen für den rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb an einem Grundstück ausgestaltet. Die höchst-richterliche Rspr. hat das immer wieder betont. ⁹⁴⁾ Solange also der Eigentumsübergang nicht vollendet ist, kann der Eigentümer über sein Grundstück als Berechtigter verfügen.

Hierfür spricht auch, dass der Gesetzgeber bei Schaffung des BGB und der es ergänzenden GBO die Regelung der preussischen Gesetze vom 5. Mai 1872, die nach erklärter Auflassung den Ausschluss anderweitiger Verfügungen über das Grundstück vorsahen, nicht übernommen hat, obgleich sonst auf der Grundlage dieser Gesetze aufgebaut wurde.

Nach diesen Gesetzen waren die Auflassung, die vor dem Grundbuchamt erklärt werden musste, und die Eintragung zu einem einheitlichen Akt zusammengefasst. Gemäss § 48 Abs. III GBO vom 5. Mai 1872 hatte sich die Eintragung unmittelbar an die Auflassung anzuschliessen. Der Zweck dieser Bestimmung wurde dahin umschrieben, dass der Zusammenhang zwischen Auflassung und Eintragung des Eigentumsübergangs nicht durch kollidierende Dispositionen zerrissen werden dürfe und kein Eingriff in ein schwebendes Rechtsverhältnis, das sich mit der Eintragung des Eigentumsübergangs vollendet, zugelassen sein solle. Hieraus wurde gefolgert, dass der Eigentümer bereits durch die Auflassung sich der weiteren Verfügung über das Grundstück begeben hat. ⁹⁵⁾ Ein Eintragungsersuchen nach der Auflassung konnte demnach nicht mehr berücksichtigt werden; die Eintragung eines Rechts jedoch, das vor der Auflassung bereits hätte eingetragen werden können, dessen Eintragung aber aus amtsinternen Gründen unterblieben war, wurde durch § 48 Abs. III a.a.O. nicht ausgeschlossen.

⁹⁴⁾ RGZ 55, 342; 81, 68; BayObLG NJW 1956, 1279.

⁹⁵⁾ RGZ 28, 350 für das preussische Recht.

Eine solche Zusammenfassung von Auflassung und Eintragung setzt ein verhältnismässig einfaches Eintragungsverfahren voraus. Eine dem älteren preussischen Recht nachgebildete Regelung wäre nicht mehr zweckentsprechend, wenn, wie heute, nach öffentlichem Recht die Vornahme der Eigentumsumschreibung von der Vorlage verschiedener Genehmigungen und Bescheide abhängig gemacht ist. Damit die Eintragung sich unmittelbar an die Auflassung anschliessen kann, wäre der Erwerber genötigt, die erforderlichen Genehmigungen sich bereits für die Auflassung zu beschaffen. Die andere, sich aus einer Zusammenfassung von Auflassung und Eintragung zu einem einheitlichen Akt ergebende Folgerung wäre, dass § 878 BGB für die Grundstücksübereignung keine Bedeutung mehr hätte; diese Bestimmung geht gerade davon aus, dass zwischen Auflassung und Eingang des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt einerseits und der Eigentumsumschreibung andererseits ein längerer Zeitraum vorhanden ist.

Der weitere Grund dafür, dass nach der Auflassung anderweitige Verfügungen über das Grundstück dem Auflassungsempfänger gegenüber wirksam vorgenommen werden können, ist der Ausschluss einer entsprechenden Anwendung des § 161 Abs. I Satz 1 BGB.⁹⁶⁾ Eine Analogie wäre zwar nicht ganz fernliegend, weil ingleichen wie in dem von § 161 Abs. I Satz 1 BGB geregelten Fall der Veräusserer nach bereits erklärter Auflassung noch als Berechtigter verfügt, die Berechtigung jedoch infolge vorher eingeleiteter anderweitiger Verfügung nur noch eine zeitlich begrenzte ist. Gegen eine analoge Anwendung spricht aber entscheidend, dass § 161 Abs. I Satz 1 BGB in der besonderen Art des bedingten Rechts seine Rechtfertigung findet und der Gesetzgeber durch Einführung des § 925 Abs. II BGB das Recht der Bedingungen mit allen Folgerungen nicht der rechtsgeschäftlichen Grundstücksübereignung zugänglich machen wollte. Eine Ausweitung des in § 161 Abs. I Satz 1 BGB enthaltenen Rechtsgedankens per analogiam ist einzuschränken, da die schon ausdrücklich im Gesetz vorgesehenen Fälle einer relativen Unwirksamkeit Fremdkörper in der Systematik des BGB sind.⁹⁷⁾ Der Auflassungsempfänger steht der Gefahr eines Rechtsverlustes durch anderweitige Veräusserung des Grundstücks auch nicht schutzlos gegenüber. Der Erwerber kann sich durch die Eintragung einer Vormerkung sichern⁹⁸⁾, wobei entgegen der Regelung in § 161 Abs. I Satz 1, Abs. III BGB ein Zwischenerwerb kraft guten Glaubens ausgeschlossen ist. In diesem Fall muss der Erwerber allerdings auf den schuldrechtlichen Übereignungsanspruch aus dem Grundgeschäft zurückgreifen. Hat er keinen und entsteht ein solcher Anspruch auch nicht mit der Eintragung nach § 313 Satz 2 BGB, dann schädigt der Verlust der Erwerbsaussicht infolge anderweitiger Grund-

96) Hieber DNotZ 1955, 187; Hoche NJW 1955, 652.

97) Westermann, § 3 I 1, Seite 12.

98) KG JFG 7, 331; Schaaf NJW 1952, 291; Hoche NJW 1955, 934. A.A. OLG (Jena) 23, 214, Fuchs JW 1922, 1349.

stücksveräußerung den Auflassungsempfänger im Ergebnis nicht, da ihm nach den Rechtsbeziehungen unter den Beteiligten das Eigentum am Grundstück nicht zukommt, er dies vielmehr nach seiner Eintragung alsbald nach Bereicherungsrecht auf den Veräußerer zurückübertragen müsste.

Die zwischenzeitliche anderweitige Übereignung des Grundstücks hat zur Folge, dass das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung untergeht. Das Anwartschaftsrecht als Recht auf Erwerb des Eigentums des Veräußerers hat zur inneren Voraussetzung⁹⁹⁾, dass bei der Eintragung als dem massgeblichen Zeitpunkt des Rechtsenerwerbs der Veräußerer Eigentümer des Grundstücks ist.

II. DAS ANWARTSCHAFTSRECHT AUS DER AUFLASSUNG EIN ABSOLUTES RECHT ?

Da der zwischenzeitliche Erwerb des Grundstücks durch einen Dritten den Untergang des Anwartschaftsrechts mit sich bringt, zeigt sich, dass es auch von einem Dritten verletzt werden kann, dessen Mitwirkung bei der den ersten Auflassungsempfänger schädigenden Verfügung des Veräußerers notwendig und auch ursächlich ist.¹⁰⁰⁾ Um das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung als absolutes Recht anerkennen zu können, ist erforderlich, dass die Erwerbshandlung des Dritten einer ihn bindenden Befugnis des ersten Auflassungsempfängers widerspricht.¹⁰¹⁾ Dem absoluten Recht entspricht eine allgemeine Unterlassungspflicht, nämlich die Pflicht, nicht störend in die Rechtsherrschaft des Berechtigten einzugreifen.¹⁰²⁾ Sie bildet die Grundlage für einen Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. I BGB im konkreten Fall ihrer Verletzung.

Eine derartige allgemeine Unterlassungspflicht ergibt sich aus dem Anwartschaftsrecht aus der Auflassung nicht.

99) Das Anwartschaftsrecht als auflösend bedingt von der Unterlassung anderweitiger Verfügungen anzusehen (Perrey a. a. O. Seite 19), sollte wegen § 925 Abs. II BGB besser vermieden werden, um das Recht der Bedingungen ganz auszuschliessen.

100) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bes. Teil Band II, § 66 Ia, Seite 334 geht von der Möglichkeit nachteiliger Einwirkungen Dritter auf den Leistungsgegenstand aus, hält sie aber nicht für Forderungsverletzungen, da das Forderungsrecht sich nur gegen den Schuldner richtet und eben auf dessen Leistung geht. Ein Dritter sei aber nach § 823 I ersatzpflichtig, wenn er in die Rechtszuständigkeit des Gläubigers eingreife durch Verfügung über die Forderung.

101) Vgl. Enneccerus-Lehmann, § 234 I 1dA, Seite 943.

102) Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil Bd. I § 81 II, Anm. 3, Seite 471.

Wenn nach erklärter Auflassung eine anderweitige Übereignung des Grundstücks möglich ist, dann entsteht nach Auflassung, aber vor Eintragung des Zweiterwerbers ebenfalls ein Anwartschaftsrecht. Das Anwartschaftsrecht des ersten wie des zweiten Auflassungsempfängers hat den gleichen Inhalt: jeder ist Inhaber einer durch einseitigen Widerruf des Veräußerers nicht mehr aufhebbaren Rechtsstellung.

Für die Rechtsbeziehungen der mehreren Auflassungsempfänger zueinander gilt zunächst, dass ein Rangverhältnis im engeren Sinne nicht bestehen kann, weil die von jedem Auflassungsempfänger beantragte Eintragung mit der des anderen unvereinbar ist: die Eintragung des einen als Grundstückseigentümer schließt die des anderen aus.¹⁰³⁾ Denkbar wäre allerdings ein Rangverhältnis der Anwartschaftsrechte in dem Sinne, dass derjenige, dem zuerst die Auflassung erklärt wurde, auch zuerst im Grundbuch als Eigentümer eingetragen werden muss. Eine solche Konstruktion ist jedoch abzulehnen. Sie steht in Widerspruch zu dem in § 17 GBO niedergelegten Grundsatz, wonach der zuerst beim Grundbuchamt eingereichte Antrag zuerst zu erledigen ist, d.h., bei Vorliegen aller sonstigen Eintragungsvoraussetzungen die Eintragung vorgenommen werden muss. Zudem ist die Auflassung nur Teil eines Verfügungsgeschäftes, führt also für sich allein nicht den Eigentumsübergang herbei, so dass nicht schon wegen bereits erfolgter Übertragung des Eigentums die nochmalige Übereignung - auch hier nur durch Auflassung - ausgeschlossen ist.

Die mehreren Anwartschaftsrechte können daher nur nebeneinander und unter sich gleich bestehen. Für die Realisierung der Anwartschaftsrechte gilt das Präventiosprinzip: derjenige, dessen Antrag zuerst beim Grundbuchamt eingeht, wird zuerst eingetragen. Wenn auch mit der Herbeiführung der Eintragung des einen Auflassungsempfängers der Ausschluss des Erwerbs des anderen notwendig verbunden ist, so kann darin noch keine den anderen ausgeschlossenen Anwartschaftsberechtigten gegenüber zum Schadensersatz verpflichtende Handlung gesehen werden, denn der zuerst seine Eintragung veranlassende Auflassungsempfänger ist hierzu ebenso berechtigt wie die anderen, von denen derjenige ihn wiederum ausgeschlossen hätte, dessen Eintragungsantrag vorher beim Grundbuchamt eingegangen wäre. Wer von seinem Recht, das Eigentum am Grundstück durch Herbeiführung der Eintragung zu erwerben, Gebrauch macht, schädigt zwar die an-

103) Hesse-Saage-Fischer § 45 II 1 GBO. Das Gleiche gilt auch beim Anwartschaftsrecht aus bindender Einigung auf Bestellung einer Buchhypothek (§§ 873 II, 1113 BGB), obgleich Hypotheken untereinander in einem echten Rangverhältnis stehen können. Beim Anwartschaftsrecht kommt es jedoch auf den Erwerb des Vorrangs an, den immer nur einer der mehreren Anwärter erlangen kann.

deren nicht besser berechtigten Inhaber weiterer Anwartschaftsrechte aus Auflassungen, handelt aber nicht widerrechtlich. Auf Kenntnis oder Unkenntnis vom Bestehen anderer Anwartschaftsrechte kommt es nicht an. 104)

Die mehrfache Auflassung desselben Grundstücks an verschiedene Personen unterscheidet sich, was das Verhältnis zu dritten Erwerbern der Sache betrifft, nicht wesentlich vom Doppel- oder Mehrverkauf ein und desselben Gegenstandes. In beiden Fällen handelt es sich um die Begründung mehrerer Rechte auf den Erwerb von Gegenständen nebeneinander - bei der Auflassung das Recht auf Herbeiführung des Eigentumserwerbs durch eigene Handlung, beim Verkauf der Anspruch auf Übereignung durch den Verkäufer -, deren Erfüllung nur einmal möglich ist. Dass mehrere Auflassungsempfänger untereinander nicht anders gestellt sein können als mehrere Käufer ein und derselben Sache untereinander, folgt zwingend daraus, dass die Auflassung als Teil des dinglichen Vollzugsgeschäfts gegenüber dem Anspruch auf Übereignung nach § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB zwar als Mehr ein selbständiges Eigentumserwerbsrecht begündet, nicht jedoch eine dingliche, andere ausschliessende Beziehung zum Grundstück (arg. Unanwendbarkeit des § 161 Abs. 1 Satz 1 BGB) herstellt.

Aus alledem ergibt sich, dass das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung kein absolutes Recht ist, dessen Verletzung Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. 1 BGB auslöst. 105)

Dieses Ergebnis steht in Widerspruch zu der weit verbreiteten Ansicht, dass ein Anwartschaftsrecht die Rechtsnatur des jeweiligen Vollrechts teile, auf dessen Erwerb es gerichtet ist. 106) Man kann dieser Ansicht nicht beitreten. Es ist nur eine begriffliche Konstruktion, wenn dem Anwartschaftsrecht deshalb die Rechtsnatur des Vollrechts beigelegt wird, weil es selbst bereits eine Vorstufe, wohl gar ein Teil des Vollrechts sei, solange nicht an Hand des Gesetzes festgestellt wird, ob der Erwerb des Vollrechts auch gegenüber Dritten durchsetzbar ist. Da

104) Hinsichtlich des Forderungsrechts wird teilweise die Auffassung vertreten, dass ein Dritter ein solches - obligatorisches - Recht nicht verletzen könne, da es sich überhaupt nicht gegen den Verletzer richte (Enneccerus-Lehmann, a.a.O.). Dies erscheint missverständlich, da eine Schädigung des Gläubigers vorliegt, wenn ein Dritter die vom Schuldner zu leistende Sache zerstört, mag auch ein Anspruch gegen den Dritten gem. § 823 Abs. 1 BGB nicht gegeben sein.

105) So im Ergebnis Staudinger-Seufert Anm. 75a zu § 873 BGB; Hieber, DNotZ 1954, 175; Perrey a.a.O. Seite 23.

106) Staudinger-Coing Anm. 21 vor § 158 BGB; Staudinger-Seufert, Einleitung vor § 854 BGB A 3 c; Hoche, NJW 1955, 652; Lange, Allg. Teil § 12 IV 3 Seite 88, jedoch insgesamt ohne Begründung.

das Anwartschaftsrecht nach seinem rechtlichen und wirtschaftlichen Zweck kein eigenständiges Dasein führen soll, sondern allein auf den Erwerb des Vollrechts gerichtet ist, kommt es entscheidend darauf an, ob und wie die Erwerbsberechtigung des Anwärters gegenüber Dritten gesichert ist, wenn man eine Grundlage zur Lösung der Frage nach der rechtlichen Natur des Anwartschaftsrechts gewinnen will.

Es gilt der Grundsatz, dass bei einem zusammengesetzten Verfügungstatbestand 107) der Gegenstand, über den verfügt wird, erst dann aus dem Vermögen des Veräußerers ausscheidet, wenn sämtliche Erfordernisse, die der Verfügungstatbestand aufstellt, 108) erfüllt sind (arg. §§ 925; 929-931 BGB). Erst dann ist eine anderweitige Verfügung über den Gegenstand durch den Vorberechtigten begrifflich ausgeschlossen. Sollen anderweitige Verfügungen bereits vorher unwirksam sein, solange nur ein Anwartschaftsrecht auf Grund teilweiser Verwirklichung des Verfügungstatbestandes besteht, so muss dies vom Gesetz besonders angeordnet sein. § 161 Abs. I Satz 1 BGB spricht diese Folge für den Fall aus, dass die letzte Erwerbsvoraussetzung für den Anwärter der Eintritt einer Bedingung ist. 109) Sonst haben Anwartschaftsrechte, die durch Vornahme einzelner Teilakte eines Verfügungstatbestandes begründet werden, keine Wirkung gegenüber Dritterwerbenden, sie sind also nicht absoluter Natur.

Soweit die Verletzung eines solchen Anwartschaftsrechts infolge einer Beschädigung des Gegenstandes, auf dessen Erwerb es abzielt, in Betracht kommt, sind im Gesetz keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass schon vor Vollendung des Erwerbs Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. I BGB geltend gemacht werden können. Ist das Vollrecht ein absolutes Recht, dann ist bis zur Vollendung des Erwerbs der Vorberechtigte, nachher der Erwerber des Vollrechts aktivlegiti-

107) Es wird hier zur Verdeutlichung der Fall der Übereignung zugrunde gelegt.

108) Die einzelnen Teilstücke können gesetzliche Tatbestandselemente (Grundbucheintrag) oder eine Bedingung (Kaufpreisrestzahlung beim Eigentumsvorbehalt) sein.

109) § 161 I, 1 BGB ist damit zu erklären, dass bereits vor Eintritt der Bedingung es so angesehen wird, als sei der Gegenstand aus dem Vermögen des Verfügenden ausgeschieden.

miert. 110) Aus der Rechtsnatur des Vollrechts, auf das sich das Anwartschaftsrecht jeweils bezieht, kann zugunsten des Anwärters keine absolute Vorwirkung entnommen werden, weil die §§ 903, 1018, 1030 Abs. I, 1113 Abs. I BGB beispielsweise, die den Inhalt der dinglichen Vollrechte umgrenzen, nur diese selbst, nicht aber ihre Vorstufen betreffen, die innerhalb der andersartigen Normen der §§ 873, 925, 929 ff. BGB bestehen und noch keine Vollrechte sind.

Die Gegenmeinung, die das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung als absolutes Recht im Sinne des § 823 Abs. I BGB ansieht, 111) führt zu Ergebnissen, die nicht haltbar sind.

Nach §§ 823 Abs. I, 276 BGB wäre der zwischenzeitliche Erwerber des Grundstücks schon dann schadensersatzpflichtig, wenn er infolge leichter Fahrlässigkeit darüber in Unkenntnis war, dass er durch den Erwerb des Grundstücks ein bereits bestehendes Anwartschaftsrecht eines anderen Auflassungsempfängers zerstört. Entsprechend den Grundsätzen der Naturalrestitution (§ 249 BGB) wäre der zwischenzeitliche Erwerber verpflichtet, dem ersten Auflassungsempfänger das Grundstück zu übereignen. Zwar erhielte der erste Erwerber damit mehr, als er vor dem zwischenzeitlichen Erwerb hatte, denn damals stand ihm nur ein Anwartschaftsrecht zu. Nach Ansicht des RG ist jedoch der § 249 BGB nicht eng zu fassen; er stellt auf die Entwicklung der Dinge ab, wie sie ohne das schädigende Ereignis nach Erfahrungsgrundsätzen aller Wahrscheinlichkeit nach stattgefunden hätte. 112) Der erste Auflassungsempfänger müsste zum Nachweis seines Schadens nur darlegen, dass seine Eintragung als Eigentümer im Grundbuch ohne den Zwischenenerwerb alsbald erfolgt wäre. Der Anwartschaftsberechtigte könnte sich gegenüber dem Zwischenenerwerber durchsetzen, was der Einführung eines "ius ad rem" nach dem Vorbild des ALR gleichkäme. Abgesehen davon, dass ein Rechtsinstitut in das geltende Privatrecht Eingang fände, das der Gesetzgeber nicht hat

110) Nach überwiegender Meinung soll für das Anwartschaftsrecht des Käufers einer unter Eigentumsvorbehalt geleisteten Sache ein Ersatzanspruch gewährt werden, wenn ein Dritter den Gegenstand, auf den sich die Anwartschaft bezieht, schuldhaft beschädigt; entsprechend §§ 159, 160 BGB - Rückwirkungsausschluss - für den Käufer jedoch erst nach Eintritt der Bedingung als den nunmehr unbedingt Berechtigten (Enneccerus-Nipperdey Allg. Teil Halbbd. II, § 197 II 3, Seite 852 f. mit Nachweisen).

111) Soweit das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung als dingliches Recht bezeichnet wird (so Hoche NJW 1955, 652; 1958, 870), müsste folgerichtig auch absoluter Klageschutz nach § 823 Abs. I BGB angenommen werden.

112) RGZ 108, 59.

übernehmen wollen, würde nicht erst die Kenntnis vom Anwartschaftsrecht als Recht zur Sache, sondern schon leichtfahrlässige Unkenntnis im Ergebnis den Erwerb eines dinglichen Rechts durch Pflicht zur Naturalrestitution ausschliessen. Dies ginge bereits über die Regelung des ALR hinaus. Nur unter den gleichen Voraussetzungen, unter denen die Rspr. einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB dem Käufer zubilligt, ¹¹³⁾ wird man auch dem Auflassungsempfänger, dessen Anwartschaftsrecht ebenfalls einen Vermögenswert aufweist, das Recht zu sprechen können, als Schadensersatz die Übereignung des Grundstücks vom Zwischenenerwerber zu verlangen.

An Stelle eines Übereignungsanspruchs gegen den Zwischenenerwerber gem. §§ 823 Abs. I, 249 BGB kann dem ersten Auflassungsempfänger auch kein Anspruch auf Ersatz des Schadens durch Geldzahlung nach § 251 BGB gewährt werden. Diese Bestimmung ist nur anwendbar, wenn überhaupt Naturalrestitution verlangt werden könnte, ihre Durchführung jedoch wegen tatsächlicher Unmöglichkeit scheitert. Da ein Recht zur Sache in das BGB nicht eingeführt werden kann, ist bei Verletzung des Anwartschaftsrechts durch zwischenzeitlichen Erwerb des Grundstücks ein Ersatz des Schadens durch Naturalrestitution von vornherein aus Rechtsgründen ausgeschlossen.

Gegen die Anerkennung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung als absolutes Recht spricht auch ein Vergleich mit dem redlichen Erwerb des Grundstücks vom eingetragenen Nichteigentümer. Es besteht Einhelligkeit darüber, dass ein Erwerber, dem infolge grober oder leichter Fahrlässigkeit die Unrichtigkeit des Grundbuchs im massgebenden Zeitpunkt nicht bekannt war, dem wahren Eigentümer nicht nach § 823 Abs. I BGB schadensersatzpflichtig ist, obgleich er ihm schuldhaft das Eigentum am Grundstück entzogen hat, § 892 Abs. I Satz 1 mit Abs. II BGB. ¹¹⁴⁾ Es ist ein innerer Widerspruch, wenn derjenige, der vom derzeit noch Berechtigten das Eigentum am Grundstück erwirbt, dem Inhaber eines Anwartschaftsrechts schon bei jeder Fahrlässigkeit zur Schadensersatzleistung verpflichtet sein soll. Dass sich der Grundstücksverkehr unverhältnismässig erschweren müsste, weil ein Grundstückserwerber gehalten wäre, sich über die Grundbucheinsicht hinaus zur Vermeidung einer Schadensersatzpflicht zusätzlich noch Gewissheit über das Nichtbestehen von Anwartschaftsrechten aus bereits erklärten Auflassungen zu verschaffen, sei nur nebenbei bemerkt.

113) RGZ 108, 58.

114) Die Begründung ist streitig. Der BGH schliesst in JZ 1956, 490 schon die Rechtswidrigkeit aus; Wolff-Raiser, § 45 Anm. 35, Seite 148 meinen, dass nach dem Sinn des § 892 BGB die Unkenntnis nicht auf Verletzung der "im Verkehr erforderlichen Sorgfalt" beruhe, wie das § 276 BGB für den Fahrlässigkeitsbegriff festlegt.

§ 6 DIE RECHTE DES ANWARTSCHAFTSBERECHTIGTEN BEI SONSTIGEN STÖRUNGEN.

I. WIDERRECHTLICHE INBESITZNAHME DES GRUNDSTÜCKS DURCH DRITTE.

Die Verschaffung des Besitzes ist kein für die Wirksamkeit der Grundstücksüber-eignung einzuhaltendes Erfordernis. Die Auflassung, die lediglich die Einigung der Beteiligten über den Eigentumsübergang enthält, besagt nichts über die Besitzlage. Deshalb gewährt das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung auch kein Recht zum Besitz am Grundstück. 115) Dem Inhaber des Anwartschaftsrechts, das als "werdendes Eigentum" aufgefasst werden kann, wäre allenfalls mit Hilfe einer entsprechenden Anwendung des § 985 BGB zu ermöglichen, noch vor der Eintragung mit Erfolg gegen Personen vorzugehen, die sich in der Zwischenzeit unbefugt auf dem Grundstück angesiedelt haben. Die Wurzel dieses Anspruchs ist das Eigentum als Recht zum Besitz 116) gegenüber jedermann. Ob der Inhaber eines Anwartschaftsrechts aus aufschiebend bedingter Fahrnisübergabe, bei dem sich ebenfalls das Problem einer entsprechenden Anwendung des § 985 BGB stellt, ein absolutes Recht zum Besitz hat, ist streitig. 117) Für das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung ist die Frage jedenfalls zu verneinen. Damit scheidet auch für das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung die analoge Anwendung des § 985 BGB aus, die immerhin zur Voraussetzung haben müsste, dass das Anwartschaftsrecht, wenn auch dem Eigentum gegenüber nur eine Vorstufe, eine entsprechende absolute Besitzposition zum Inhalt hat.

115) Hoche, NJW 1958, 870.

Eigentum, Niessbrauch und Pfandrecht an Fahrnis zeigen, dass ein dingliches Recht, zu dessen Entstehung die Übergabe erforderlich ist, auch eine Besitzberechtigung gibt, da andernfalls der Rechtsträger nicht in der Lage wäre, die das Wesen seiner Rechtsstellung kennzeichnende unmittelbare Beziehung zur Sache aufrechtzuerhalten, Bauknecht, NJW 1955, 1252.

116) Westermann, § 30 I, 2, Seite 132.

117) Verneinend BGHZ 10, 72; Wolff-Raiser, § 2 Anm. 17, Seite 12;

Bejahend Westermann, § 6 III 3 c, Seite 32; Bauknecht, NJW 1955, 1252.

II. SCHÄDIGENDE EINWIRKUNGEN DRITTER AUF DAS GRUNDSTÜCK.

Da das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung keine Wirkung gegen Dritte äussert, ist der Auflassungsempfänger nicht in der Lage, aus eigenem Recht gegen Dritte, die das Grundstück beschädigen oder widerrechtlich Immissionen einleiten, Schadensersatzansprüche geltend zu machen, solange er noch nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Falls sich seine Eintragung verzögern sollte, ist er darauf angewiesen, unter Berufung auf die Verpflichtung des Verkäufers zur Übertragung einer mangelfreien Sache ¹¹⁸⁾ von diesem zu verlangen, dass er auf Grund seines Eigentums gegen die Schädiger einschreitet. Unter Heranziehung des § 281 BGB wird man auch dem Auflassungsempfänger das Recht zusprechen können, vom Veräusserer die Abtretung der diesem zustehenden Schadensersatzansprüche nach § 823 Abs. I BGB zu verlangen.

Ein Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. I BGB steht dem Auflassungsempfänger erst vom Zeitpunkt seines Eigentumserwerbs zu.

Die Stellung des Auflassungsempfängers ist nur dadurch zu verbessern, dass ihm bei der Auflassungsverhandlung der Besitz am Grundstück eingeräumt wird. Das kann gem. § 854 Abs. II BGB durch formlose Einigung geschehen, wenn der Erwerber jederzeit in der Lage ist, die tatsächliche Gewalt auf dem Grundstück auszuüben. In der Praxis geschieht das nicht selten. Der Auflassungsempfänger geniesst dann Besitzschutz und kann mit Hilfe des § 823 Abs. I BGB sein Besitzinteresse im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs verfolgen.

¹¹⁸⁾ Vgl. Enneccerus-Lehmann, § 108 I, Seite 432 oben.

III. A B S C H N I T T

DAS ANWARTSCHAFTSRECHT AUS DER AUFLASSUNG ALS
GEGENSTAND EINES VERFÜGUNGSGESCHÄFTS.§ 7 DIE ÜBERTRAGUNG DES ANWARTSCHAFTSRECHTS AUF
EINEN DRITTEN.

I. DER ZWECK DER ÜBERTRAGUNG.

Mit der Übertragung des Anwartschaftsrechts durch den Auflassungsempfänger (Ersterwerber) an einen Dritten (Zweiterwerber) soll dieser das Recht erlangen, seine Eintragung als Eigentümer unmittelbar ohne vorherige Zwischeneintragung des Ersterwerbers herbeizuführen. 119)

Die Übertragung der Auflassungsanwartschaft ermöglicht eine flüssigere Gestaltung des Grundstücksverkehrs. Hat der Ersterwerber die Absicht, das Grundstück alsbald weiterzuveräußern, dann braucht er nicht erst seine Eintragung abzuwarten, die sich infolge der Notwendigkeit der Beschaffung der verschiedenen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen und Bescheide mitunter sehr lange hinauszögern kann. Der Ersterwerber kann auch in die Lage kommen, sich rasch um einen Kredit bemühen zu müssen. Da auf das Eigentum am Grundstück selbst noch nicht zurückgegriffen werden kann, steht derzeit nur als vielleicht einziges Mittel für die Kapital- oder Kreditbeschaffung das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung zur Verfügung, sei es durch Übertragung oder Verpfändung.

Gegen die Zulässigkeit der Übertragung des Anwartschaftsrechts lässt sich nicht vorbringen, dass hiermit ein spekulativer Zug in den Grundstücksverkehr eingeführt werde, was aus Gründen einer geordneten Raum- und Siedlungspolitik wenig wünschenswert sei. Eine solche Gefahr besteht nicht. Der Erwerb von Grundstücken dient der Bildung wertbeständigen Eigentums. Die Bewegungen auf dem Grundstücksmarkt verlaufen gleichmässiger als in anderen Wirtschaftszweigen. Die sich nicht selten schwierig gestaltende Beschaffung der für den Grundstückserwerb erforderlichen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen und die zum Teil beträchtlichen Beurkundungs- und Eintragungskosten tragen dazu bei, dass Grundstücke keine "Handelsware" werden. Verkauft der Käufer eines Grundstücks dieses nach der Auflassung, aber noch vor der Eigentumsumschreibung an einen Dritten und lässt er ihm es auf, - für diesen Fall steht als Mittel der rechtlichen Konstruk-

119) LG Hagen NJW 1955, 1799; Wolff-Raiser, § 61 II, Seite 215; Hoche NJW 1955, 651.

tion die Übertragung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung zur Verfügung -, so werden besondere Gründe für ein solches Vorgehen gegeben sein wie etwa Kapitalbedarf oder ein Grundstückserwerb zum Zwecke anschliessender Einbringung in eine Gesellschaft. Es besteht keine Veranlassung, auch für diese relativ seltenen Fälle die Zulässigkeit der Übertragung des Anwartschaftsrechts aus wirtschaftlichen Gründen zu bezweifeln.

II. DIE RECHTSPROBLEME DER ÜBERTRAGUNG.

1. Der Übertragbarkeit des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung steht aus rechtlichen Erwägungen heraus grundsätzlich nichts im Wege, da auch das Eigentum, auf dessen Erwerb es gerichtet ist, übertragen werden kann. 120) In Rspr. und Schrifttum wird die Übertragbarkeit mehr und mehr anerkannt. 121)

Bejaht man die Übertragbarkeit des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung, dann ist es allein folgerichtig, dass der Erwerber des Anwartschaftsrechts unmittelbar ohne Durchgangserwerb seines Vormannes das Eigentum am Grundstück erlangt. Für das Anwartschaftsrecht aus aufschiebend bedingter Fahnrisübereignung ist der Grundsatz des unmittelbaren Erwerbs jetzt überwiegend anerkannt. 122) Für das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung gilt nichts anderes. Zutreffend formuliert BAUKNECHT : 123) "Durch die Übertragung eines jeden Rechts - mag es schuldrechtlicher oder dinglicher Art sein - tritt der Erwerber in die Rechtsstellung seines Vorgängers ein, während dieser sie aufgibt. Der Erwerber des Anwartschaftsrechts erlangt daher bei Eintritt der Bedingung (beim Anwartschaftsrecht aus der Auflassung mit der Eintragung, Verf.) ebenso unmittelbar das unbedingte Eigentum, wie es sein Vormann erworben hätte. Der Vorbehaltskäufer (= Auflassungsempfänger, Verf.) kann auch nicht 'einen Augenblick' mehr das Eigentum erwerben, weil er die Rechtsstellung, die ihm dieses hätte vermitteln können, einem andern übertragen hat."

120) Dieses Kriterium wird vom BGH NJW 1956, 667 für die Übertragbarkeit eines Anwartschaftsrechts herausgestellt.

121) Das KG lässt die Pfändung zu (JFG 4, 339); das BayObLG in BayObLGZ 1954, 148 rechnet das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung als zum ehelichen Gesamtgut gehörig an, bejaht damit auch die Übertragbarkeit, §§ 1438, 1439 a.F. BGB.

Ausdrücklich für die Übertragbarkeit sprechen sich aus: LG Hagen NJW 1955, 1799; Wolff-Raiser, § 61 II, Seite 215; Westermann, § 76 II, 5 Seite 356; Hoche, NJW 1955, 652.

122) BGH NJW 1956, 667; Wolff-Raiser, § 2 II 3 b, Anm. 14 Seite 12 mit weiteren Nachweisen.

123) NJW 1954, 1773.

2. Gegen die Theorie der Unmittelbarkeit des Vollrechtserwerbs durch den jeweiligen Inhaber des Anwartschaftsrechts lässt sich einwenden, sie lasse sich nur aufrechterhalten, wenn die Zustimmung des Eigentümers in irgendeiner Form zu der Übertragung des Anwartschaftsrechts vorliege, wobei es keinen Unterschied ausmache, ob es sich um das Anwartschaftsrecht aus aufschiebend bedingter Fahrnisübereignung oder um das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung handelt. 124)

Das Erfordernis der Zustimmung des Veräußerers für den unmittelbaren Erwerb wird einmal damit begründet, dass in diesem Fall die Übertragung des Anwartschaftsrechts eine Verfügung über dieses und gleichermassen eine mittelbare Verfügung über das noch dem Veräußerer zustehende Vollrecht sei. 125) Mit der Übertragung des Anwartschaftsrechts wird die Voraussetzung dafür geschaffen, dass das Vollrecht ohne Durchgangserwerb vom Veräußerer auf den Erwerber des Anwartschaftsrechts übergeht. Hinsichtlich des Eigentums an der Sache, auf das sich das Anwartschaftsrecht bezieht, ist der Erwerber des Anwartschaftsrechts, wenn er unmittelbar das Eigentum an der Sache erlangt, Rechtsnachfolger des Veräußerers. Dies wird er nicht auf Grund einer rechtsgeschäftlichen Übertragung des Eigentums durch den Veräußerer, sondern wegen des unmittelbaren Erwerbs auf Grund rechtsgeschäftlichen Erwerbs des Anwartschaftsrechts. Soweit daher als Folge der Übertragung des Anwartschaftsrechts bewirkt wird, dass das Eigentum statt auf den Ersterwerber unmittelbar auf den Zweiterwerber übergeht, liegt eine Verfügung über das Eigentum des Veräußerers vor, die grundsätzlich seiner Zustimmung bedarf, um wirksam zu sein, § 185 BGB.

Zum andern wird geltend gemacht, dass der Grundstückseigentümer bzw. der Vorbehaltsverkäufer in der dinglichen Einigung nur den Willen erklärt, den Ersterwerber zum Eigentümer zu machen, nicht aber den vom Ersterwerber bestimmten Dritten, von dessen Vorhandensein als Erwerber des Anwartschaftsrechts er keine Kenntnis hat. 126)

124) Münzel, MDR 1959, 349, vertritt die Auffassung, dass bei mehrfacher Übertragung des Anwartschaftsrechts aus aufschiebend bedingter Fahrnisübereignung der Lauf des Eigentumserwerbs der Besitzerkette folge. Daher sei der Durchgangserwerb eine zwingende Notwendigkeit, weil am Tatsächlichen, am Besitzverlauf, nichts zu ändern sei. Diese rein besitzrechtlichen Erwägungen sind kein Argument dagegen, dass der Erwerber des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung unmittelbar das Eigentum am Grundstück erlangen kann.

125) Eine mittelbare Verfügung über die Sache sieht auch der BGH in NJW 1956, 667 in der Übertragung des Anwartschaftsrechts, wenn diese zum Erwerb der Sache ohne Eintritt von Durchgangseigentum führt.

126) Das LG Köln NJW 1954, 1774 stellt diese Überlegungen an, sieht aber hierin keinen Hinderungsgrund für den unmittelbaren Erwerb.

Beim Anwartschaftsrecht aus aufschiebend bedingter Fahnisübereignung können diese Bedenken nicht durchgreifen. Über das Anwartschaftsrecht verfügt der Vorbehaltskäufer als Berechtigter. Soweit er gleichzeitig mit der Verfügung über sein Recht auch mittelbar über das für ihn fremde Vollrecht verfügt, kann § 185 Abs. I BGB nicht angewendet werden. Wenn überhaupt das Anwartschaftsrecht aus aufschiebend bedingter Fahnisübereignung übertragbar ist, dann muss derjenige, der auf Grund dieses Rechts mittelbar über ein fremdes Recht verfügt, dem gleichgestellt werden, der im Einverständnis des Inhabers des fremden Rechts handelt. ¹²⁷⁾ Überwiegende Interessen des Eigentümers stehen der Übertragung des Anwartschaftsrechts nicht entgegen. Es ist dem Vorbehaltsverkäufer gleichgültig, ob er dem Erstkäufer oder einem Dritten sein Eigentum überträgt, da der Verlust seines Eigentums erst nach seiner vollen Befriedigung eintritt und er selbst am Schicksal der unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache nicht mehr interessiert sein kann.

3. Es ist zu billigen, wenn grundsätzlich darauf abgestellt wird, ob der Veräusserer ein anerkennenswertes Interesse daran hat, dass derjenige, mit dem die Einigung über den Eigentumsübergang erfolgte, Eigentümer der Sache wird. Der Erwerb des Vollrechts auf Grund vorheriger Erlangung des Anwartschaftsrechts ist ein rechtsgeschäftlicher, weil der Rechtsnachfolger im Anwartschaftsrecht in die gleiche Stellung eintritt, die sein Vormann auf Grund teilweiser Verwirklichung des Verfügungstatbestandes über das Vollrecht (§§ 925, 929 ff. BGB) innehatte. Da der Erwerber des Anwartschaftsrechts unmittelbar das Vollrecht vom Veräusserer erlangt, muss, wenn nicht zwischen dem Veräusserer und dem Inhaber des Anwartschaftsrechts eine Einigung über den Erwerb des Vollrechts durch letzteren stattfand, sich wenigstens die Einigungserklärung des Veräusserers, gewissermassen gerichtet ad incertas personas, auf den Erwerb durch den jeweiligen Inhaber des Anwartschaftsrechts beziehen lassen. ¹²⁸⁾ Dies ist im Falle des unmittelbaren Erwerbs der Sache bei der Übertragung des Anwartschaftsrechts aus aufschiebend bedingter Fahnisübereignung möglich, weil hier der Vorbehaltsverkäufer kein anerkennenswertes Interesse daran hat, dass gerade der Vorbehaltskäufer, mit dem die Einigung über den Eigentumsübergang erfolgte, Eigentümer der Sache wird. In dieser Allgemeinheit gilt das für das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung nicht.

Die Einigung über den Erwerb des Eigentums an einem Grundstück (Auflassung) kann im Gegensatz zum Mobiliarsachenrecht nicht unter einer Bedingung oder

127) BGH NJW 1956, 667.

128) Über die dogmatischen Erklärungsversuche des unmittelbaren Erwerbs des Vollrechts mit Hilfe der Übertragung des Anwartschaftsrechts berichtet Zunft, NJW 1956, 1420 ff.

Zeitbestimmung erklärt werden, § 925 Abs. II BGB. Eine dem Eigentumsvorbehalt gem. §§ 455, 929, 158 BGB entsprechende Vereinbarung, dass das Eigentum am Grundstück erst bei Vollzahlung des Kaufpreises auf den Erwerber übergehen soll, macht die Auflassung unwirksam.¹²⁹⁾ Man behilft sich vielfach damit, dass der Grundstückserwerber dem Veräußerer in der Auflassungsverhandlung eine Hypothek zur Sicherung der Kaufpreisrestforderung bestellt. Gelegentlich wird dem Veräußerer ein Niessbrauch oder insbesondere bei der Hofübergabe ein sog. "Altenteil" eingeräumt.¹³⁰⁾ Diese Rechte können im Grundbuch erst nach der Eigentumsumschreibung eingetragen werden. Für den Veräußerer ist es daher zum Erwerb seines Rechts entscheidend, dass der Auflassungsempfänger als neuer Eigentümer eingetragen wird.

Hat der Auflassungsempfänger sein Anwartschaftsrecht an einen Dritten übertragen und nimmt man unmittelbaren Eigentumserwerb des Dritten an, so könnten schon aus formell-rechtlichen Gründen die dem Veräußerer durch Einigung nach § 873 BGB eingeräumten Rechte nicht zur Entstehung gelangen; zur Eintragung wäre die Eintragungsbewilligung des Zweiterwerbers nötig, da nach seiner Eintragung als neuer Grundstückseigentümer er es ist, dessen Recht durch die Eintragung der Belastung zugunsten des früheren Eigentümers betroffen wird (§ 19 GBO).¹³¹⁾ Materiell-rechtlich bedürfte es zur Entstehung der Rechte des Veräußerers nach dem unmittelbaren Eigentumserwerb des Dritten der Eintragung und entweder der Einigung zwischen Veräußerer und Zweiterwerber gem. § 873 BGB¹³²⁾ oder der Zustimmung des Zweiterwerbers zu der Einigung zwischen Veräußerer und Ersterwerber über die Entstehung der Belastungen zugunsten des Veräußerers.¹³³⁾ Da der Ersterwerber über künftiges, aber infolge der Übertragung des Anwart-

129) Wolff-Raiser, § 61 I 3, Seite 212.

130) Näher hierzu Wolff-Raiser, § 113 I, Seite 455.

131) KGJ 37 A 289.

132) BayObLG NJW 1956, 1279.

133) Wolff-Raiser, § 38 III 1, Seite 123 oben.

Die beiden letzten Anmerkungen beziehen sich auf den Fall, dass der Eigentümer jemandem ein dingliches Recht bestellt, § 873 BGB, aber vor der Eintragung dieses Erwerbers durch Auflassung und Eintragung über das Grundstück weiterverfügt. Dem steht jedoch, wie hier, gleich, wenn jemand künftiges Eigentum durch Bestellung dinglicher Rechte belasten will, aber bevor diese Rechte durch Eintragung - nach vorhergehender Eigentumsumschreibung - entstehen, infolge Übertragung der Anwartschaft der Zweiterwerber unmittelbar eingetragen und damit Eigentümer wird. In diesem Zeitpunkt, in dem die dinglichen Rechte durch Eintragung entstehen würden, ist der Besteller dieser Rechte nicht mehr Eigentümer des Grundstücks.

schaftsrechts nie erworbenes Eigentum verfügt, wenn er dingliche Belastungen zugunsten des Veräusserers bestellt, steht er einem verfügenden Nichtberechtigten gleich (§ 185 BGB).

Bei Abschluss des der Übertragung des Anwartschaftsrechts zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts kann vereinbart werden, dass der Zweiterwerber verpflichtet sein soll, die Zustimmung zu erklären oder sich mit dem Veräusserer über die Entstehung der Restkaufgeldhypothek und dgl. neu zu einigen, § 328 BGB. Der Zweiterwerber braucht sich hierauf jedoch nicht einzulassen, auch wenn er weiß, dass der Ersterwerber dem Veräusserer in Zusammenhang mit der Auflassung dingliche Rechte bestellt hat. Die Situation ist die gleiche, wie wenn der Ersterwerber als Eigentümer des Grundstücks sich in bindender Weise nach § 873 Abs. II BGB mit dem Veräusserer über die Entstehung einer Hypothek geeinigt, aber vor der Eintragung des Veräusserers als Hypothekengläubiger das Grundstück an den Zweiterwerber veräußert hätte. In die Bindung des Ersterwerbers tritt der Zweiterwerber nicht ein, mag er das Grundstück oder das Anwartschaftsrecht erworben haben.

Es lässt sich die Frage aufwerfen, ob die Zustimmung des Dritten zur Entstehung von anlässlich der Auflassung zwischen Veräusserer und Ersterwerber bestellten Restkaufgeldhypotheken und dgl. dinglichen Rechten als abgegeben gilt, wenn er das Anwartschaftsrecht aus eben dieser Auflassung erwirbt. Die Frage stellen heisst sie verneinen. Eine solche Konstruktion, die sich nur aus Billigkeitserwägungen rechtfertigen könnte, ist nicht schon lediglich deshalb möglich, weil derjenige, der ein Anwartschaftsrecht erworben hat, nicht besser gestellt werden darf, wie wenn er das Vollrecht Eigentum, jedoch belastet mit der Restkaufgeldhypothek, erworben hätte. Auch ohne die Annahme einer Zustimmungsfiktion, für die sich kein brauchbarer Anhaltspunkt im Gesetz finden lässt, kann vermieden werden, dass ein Erwerber des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung unmittelbar das Eigentum am Grundstück erlangt, ohne dass gleichzeitig die dem Veräusserer anlässlich der ersten Auflassung bestellten dinglichen Rechte zur Entstehung gelangen.

Sind in Zusammenhang mit der Grundstücksübereignung dem Veräusserer solche Rechte eingeräumt worden, dann bezieht sich die Auflassungserklärung des Veräusserers, die sein Einverständnis mit dem Eigentumsübergang enthält, nur auf den Eigentumserwerb durch den ersten Auflassungsempfänger. Ausschliesslich in diesem Fall sind hinreichende Garantien für das Entstehen der besagten dinglichen Rechte gegeben. Der Auflassungsempfänger kann die Hypothekenbestellung beispielsweise nicht mehr einseitig widerrufen, wenn die Einigung über das Entstehen der Restkaufgeldhypothek in die notarielle Auflassungsurkunde mit aufgenommen wurde, § 873 Abs. II BGB, 1. Fall; ist die Auflassungsurkunde zum grundbuchamtlichen Vollzug mit diesem Inhalt vorgelegt, dann ist schon auf Grund der wirtschaftlichen Zusammengehörigkeit von Grundstücksübereignung

und Restkaufgeldhypothekenbestellung anzunehmen, dass dem einen Eintragungsantrag nicht ohne Erledigung des anderen stattgegeben werden soll, § 16 Abs. II GBO (BayObLG JFG 3, 341).

Wenn ein anderer als der erste Auflassungsempfänger auf Grund der Übertragung des Anwartschaftsrechts unmittelbar das Eigentum am Grundstück erlangen sollte, hinge es von seinem guten Willen ab, ob die Restkaufgeldhypothek entsteht, da er die Einigung mit dem Veräußerer neu vornehmen oder der Einigung zwischen Veräußerer und erstem Auflassungsempfänger über die Bestellung der Hypothek zustimmen müsste. Zur Bestellung der Restkaufgeldhypothek könnte der neue Inhaber des Anwartschaftsrechts schuldrechtlich verpflichtet sein, sei es, dass er sich dem Veräußerer gegenüber hierzu verpflichtet hat, sei es, dass er seinem Rechtsvorgänger im Anwartschaftsrecht versprochen hat, dem Veräußerer die Hypothek zu bestellen. Auch dann hätte der Veräußerer gegen ihn einen Anspruch, § 328 Abs. II BGB. Ein blosses Forderungsrecht auf Bestellung der Hypothek gewährt aber dem Veräußerer keine genügende Sicherheit, dass die Restkaufgeldhypothek auch **wirklich** zur Entstehung gelangt. Der Erwerber des Anwartschaftsrechts könnte, wenn er das Eigentum am Grundstück unmittelbar erlangt hat, dieses weiterübertragen und für die Entstehung der Hypothek wäre kein Raum. Daher muss man annehmen, dass das Einverständnis des Veräußerers mit dem unmittelbaren Erwerb des Grundstückseigentums durch den jeweiligen Inhaber des Anwartschaftsrechts untrennbar mit der Entstehung der Restkaufgeldhypothek auch bei unmittelbarem Erwerb verknüpft ist. Damit eröffnet man die Möglichkeit unmittelbaren Erwerbs bei gleichzeitiger Bestellung der Restkaufgeldhypothek durch den jeweiligen Inhaber des Anwartschaftsrechts, kommt aber in den anderen Fällen zu dem der Interessenlage des Veräußerers entsprechenden Ergebnis, dass unmittelbarer Erwerb und damit die Übertragbarkeit des Anwartschaftsrechts ausgeschlossen ist.

Im Eintragungsverfahren muss vom Grundbuchamt geprüft werden, ob ein anerkanntes Interesse des Veräußerers an der Voreintragung und damit am Eigentumserwerb des ersten Auflassungsempfängers besteht. Die massgeblichen Vorschriften hierfür sind die §§ 19, 20 GBO. Die unmittelbare Eintragung des Zweiterwerbers darf nur erfolgen, wenn die zur Eigentumsübertragung erforderliche **Einigung** (Auflassung) zwischen ihm und dem eingetragenen Eigentümer nachgewiesen ist. Dieser wird durch die Eintragung des Zweiterwerbers betroffen. ¹³⁴⁾ Über den Eigentumsübergang hat sich der Veräußerer nur mit dem Ersterwerber geeinigt. Infolge der Übertragung des Anwartschaftsrechts ist der Zweiterwerber an die Stelle des Ersterwerbers getreten. Die Annahme jedoch, dass auf Grund dieses Wechsels die Einigung (Auflassung) über den Eigentumserwerb mit dem

134) KGJ 47 A 159.

§ 39 GBO steht einer unmittelbaren Eintragung des Zweiterwerbers nicht ent-

Ersterwerber sich auch auf den Zweiterwerber erstreckt, ist nur richtig, wenn sich bei Prüfung der berechtigten Interessen des Veräusserers ergibt, dass ihm - nur abstrakt die dingliche Rechtslage betrachtet - die Person des Erwerbers gleichgültig war und es ihm auf die Eintragung gerade des Ersterwerbers nicht ankam. Dagegen fehlt es am Nachweis der Auflassung, wie es § 20 GBO vorschreibt, wenn dem Veräusserer in Zusammenhang mit der Grundstücksübereignung an den ersten Auflassungsempfänger dingliche Rechte bestellt wurden, weil dann die in der ersten Auflassung enthaltene Einigungserklärung des Veräusserers sich nicht auch auf den unmittelbaren Erwerb des Grundstücks durch den jeweiligen Inhaber des Anwartschaftsrechts aus der ersten Auflassung bezieht. In diesem Fall muss das Grundbuchamt ausnahmsweise künftige Rechte berücksichtigen, die noch nicht eingetragen sind und deren Eintragung gegebenenfalls noch nicht beantragt ist. Mit dieser Prüfungspflicht innerhalb des § 20 GBO ist das Grundbuchamt nicht überfordert, denn die Bestellung dinglicher Rechte zugunsten des Veräusserers ist für den Nachweis, dass sich die Einigungserklärung des Veräusserers über den Eigentumserwerb auch auf die Person des Zweiterwerbers erstreckt, nur dann beachtlich, wenn sie aus der dem ersten Auflassungsempfänger erteilten Auflassungsurkunde hervorgeht oder sonst dem Grundbuchamt zweifelsfrei bekannt ist, dass der Eigentümer das Grundstück nicht ohne gleichzeitige Bestellung von Restkaufgeldhypotheken und dgl. dem Ersterwerber übereignet hätte. Das Grundbuchamt muß dann durch Zwischenverfügung nach § 18 GBO dem Zweiterwerber auf seinen Eintragungsantrag hin aufgeben, entweder die Eintragung der Restkaufgeldhypothek und dgl. in der Form des § 29 GBO zu bewilligen oder - ebenfalls in der Form des § 29 GBO - die Zustimmung zu der Einigung zwischen Veräusserer und Ersterwerber über die Entstehung der Belastungen zugunsten des Veräusserers zu erklären. Kommt der Zweiterwerber dem nicht nach, kann er nicht unmittelbar als Eigentümer im Grundbuch eingetragen werden und sein diesbezüglicher Antrag ist endgültig zurückzuweisen.

4. Die unmittelbare Eintragung des Erwerbers des Anwartschaftsrechts ohne Durchgangserwerb des ersten Auflassungsempfängers erfolgt demnach nur, wenn der Veräusserer kein aner kennenswertes Interesse daran hat, dass der erste Auflassungsempfänger im Grundbuch als neuer Eigentümer eingetragen wird. Ein solches Interesse ist vorhanden, wenn dem Veräusserer Rechte am Grundstück (Restkaufgeldhypotheken, Niessbrauch, Altenteil und dgl.) erkennbar in wirtschaftlichem Zusammenhang mit der Grundstücksübereignung bestellt werden. In allen diesen Fällen muss zuerst der Auflassungsempfänger (Ersterwerber) als neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen werden (Durchgangserwerb). Das Anwartschaftsrecht

Fortsetzung der Fussnote 134 von Seite 64:

gegen, denn das Recht des Erwerbers, der es mangels Eintragung überhaupt nicht erwirbt, kann nicht betroffen werden (vgl. KG DNotZ 1934, 284).

aus der Auflassung ist dann nicht übertragbar, weil die notwendige Folge der Übertragung, der unmittelbare Erwerb des Vollrechts durch den Erwerber des Anwartschaftsrechts, nicht eintreten kann. Frage ist, welche Bedeutung es hat, wenn das Anwartschaftsrecht gleichwohl "übertragen" wird.

Es stehen hier zwei Konstruktionsmöglichkeiten zur Verfügung. Man könnte der Auffassung sein, dass mit der Eintragung des Ersterwerbers dieser für einen gedachten Augenblick Eigentümer des Grundstücks wird, dieses Eigentum aber dann sogleich auf den Erwerber des Anwartschaftsrechts übergeht, ohne dass dazu die Eintragung des Zweiterwerbers notwendig wäre. Es ist aber auch denkbar, dass die Übertragung des Anwartschaftsrechts eine neue Auflassung zwischen dem unterdessen als Eigentümer eingetragenen Ersterwerber (Durchgangserwerb) und dem Zweiterwerber ersetzt und der Erwerber des Anwartschaftsrechts eingetragen werden kann (Erwerb vom Ersterwerber), wobei dieser Eintragung konstitutive Wirkung zukäme.

Das letztere trifft zu. Rechtsvorgänger des Zweiterwerbers hinsichtlich des Eigentums am Grundstück ist bei Durchgangserwerb des ersten Auflassungsempfängers dieser und nicht der Veräußerer. Der rechtsgeschäftliche Grundstückserwerb vom Ersterwerber erfolgt durch Auflassung und Eintragung (§ 925 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Übertragung des Anwartschaftsrechts, die wegen des Interesses des Veräußerers an der Voreintragung des ersten Auflassungsempfängers nicht zur unmittelbaren Eintragung des Zweiterwerbers führt, ist als Übertragung des zukünftigen Eigentums, das der erste Auflassungsempfänger durch die Zwischeneintragung erlangt, an den Zweiterwerber aufzufassen, § 140 BGB.¹³⁵⁾ Nach dem Willen von Erst- und Zweiterwerber sollte letzterer das Eigentum am Grundstück erhalten. Das Anwartschaftsrecht auf Eigentumserwerb wurde übertragen, weil der Ersterwerber (Auflassungsempfänger) noch nicht Eigentümer des Grundstücks war; andernfalls hätte gleich das Grundstück vom Ersterwerber auf den Zweiterwerber zu Eigentum übertragen werden können. Dass der Zweiterwerber das Grundstück nur mit den in der Auflassungsverhandlung mit dem früheren Eigentümer bestellten Belastungen erwirbt, steht einer Umdeutung der Übertragung des Anwartschaftsrechts in die Übertragung künftigen Eigentums nicht entgegen. Wem nur das Anwartschaftsrecht übertragen wurde, darf nicht besser gestellt werden, wie wenn ihm das Eigentum verschafft worden wäre. Dieses hätte der Zweiterwerber vom Ersterwerber nur mit den Belastungen erlangen können, die mit dem Eigentumserwerb des ersten Auflassungsempfängers verbunden zur Entstehung gelangten.

135) Die Übertragung zukünftigen Eigentums kann hier deshalb konstruiert werden, weil der übertragende Ersterwerber tatsächlich auch das Eigentum am Grundstück erlangt hat.

III. DIE FORM DER ÜBERTRAGUNG DES ANWARTSCHAFTSRECHTS.

1. Damit die Einigung über die Übertragung des Anwartschaftsrechts in den Fällen, in denen ein Durchgangserwerb des Ersterwerbers stattfindet, als Einigung über die Übertragung zukünftigen Eigentums aufgefasst werden kann, bedarf sie der in § 925 Abs. I Satz 1 BGB festgelegten Form, § 140 BGB. Die Eintragung führt dann den Rechtserwerb herbei.

2. § 925 Abs. I Satz 1 BGB muss auch beachtet werden, wenn der Erwerber des Anwartschaftsrechts unmittelbar eingetragen und damit Eigentümer werden kann. Das Anwartschaftsrecht wird jedoch nicht wie das Vollrecht durch Auflassung und Eintragung, sondern nur durch Auflassung übertragen. Die Eintragung muss deshalb entfallen, weil das Anwartschaftsrecht selbst kein eintragungsfähiges Recht ist.¹³⁶⁾ Dieses Ergebnis folgt schon daraus, dass die Übertragung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung mittelbar auch eine Verfügung über das Grundstück ist, da sie bei unmittelbarer Eintragung des Erwerbers der Anwartschaft zu einer Übertragung des Eigentums vom Veräußerer auf den Eingetragenen führt. Wollte man für ihre Übertragung gem. §§ 413, 398 BGB die blosse Einigung der Parteien über den Übergang des Anwartschaftsrechts genügen lassen, wäre nicht berücksichtigt, dass der Erwerb des Anwartschaftsrechts nur Mittel zum Zweck des Erwerbs von Grundstückseigentum ist. Der Erwerber des Anwartschaftsrechts könnte durch - formlose - Einigung und Eintragung Eigentümer eines Grundstücks werden, was der Gesetzgeber gerade nicht gewollt hat, arg. §§ 925, 873 BGB.

Die Argumente, die HIEBER¹³⁷⁾ zum Nachweis dafür vorbringt, dass das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung durch blosse Einigung übertragen wird, erscheinen nicht durchschlagend. Wie am Beispiel des § 313 BGB zu beweisen, gibt es allerdings keinen Grundsatz, wonach die Formvorschrift, die zur Begründung eines relativen Rechts - zur Gruppe der relativen Rechte rechnet HIEBER das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung - eingehalten werden muss, auch für die Übertragung dieses Rechts gilt. Es ist aber auch nicht behauptet worden, dass das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung deshalb wieder nur durch Auflassung übertragen werden könne, weil es durch Auflassung begründet werde. Entgegen der Meinung von HIEBER dürfte der Zweck des § 925 BGB - Klarstellung, um welches Grundstück es sich bei der Eintragung handelt - sogar dafür sprechen, dass das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung eben durch Auflassung weiter übertragen wird, weil der Erwerb des Anwartschaftsrechts nicht Selbstzweck ist, sondern zum Erwerb des Eigentums an einem Grundstück führen soll.

¹³⁶⁾ Hoche, NJW 1955, 652; Wolff-Raiser, § 61 II, Seite 215.

¹³⁷⁾ DNotZ 1955, 186 und neuerdings DNotZ 1959, 350 ff.

3. Um gegenüber dem Grundbuchamt nachweisen zu können, dass die Einigung des ersten Auflassungsempfängers mit dem im Grundbuch als Eigentümer eingetragenen Veräußerer sich infolge Übertragung des Anwartschaftsrechts auf ihn erstreckt, muss der Erwerber des Anwartschaftsrechts in den Besitz der notariellen Urkunde (oder einer Ausfertigung von ihr) gelangen, in der die Auflassung vom eingetragenen Eigentümer auf den Ersterwerber enthalten ist. Man wird dem Erwerber des Anwartschaftsrechts nur einen schuldrechtlichen Anspruch aus dem der Übertragung des Anwartschaftsrechts zugrundeliegenden Schuldverhältnis auf Herausgabe der Auflassungsurkunde zusprechen können. Ein dinglicher Herausgabeanspruch wäre nur gegeben, wenn § 952 BGB mit der Massgabe anwendbar wäre, dass das Eigentum an der ersten Auflassungsurkunde auf den jeweiligen Inhaber des Anwartschaftsrechts überginge. Das ist jedoch zu verneinen, 138) da zwischen Anwartschaftsrecht und erster Auflassungsurkunde kein solcher Zusammenhang besteht, dass ein Bedürfnis dafür vorläge, Recht und Papier zusammenzuhalten. Die Urkunde braucht der Erwerber des Anwartschaftsrechts zur Vorlage beim Grundbuchamt zum Zweck seiner Eintragung als Eigentümer. Gegenüber dem Veräußerer hat der Erwerber nur das Recht, Eigentümer zu werden; eine irgendwie geartete Leistung kann vom Veräußerer auf Grund des Anwartschaftsrechts nicht gefordert werden. Daher ist die Auflassungsurkunde kein Wertpapier, da sie lediglich zur Vorlage beim Grundbuchamt bestimmt ist und die Geltendmachung eines privaten Rechts auf Eigentumserwerb gegenüber dem Veräußerer ausschließt.

IV. DIE MITABTRETUNG DER SCHULDRECHTLICHEN NEBENANSPRÜCHE AUS DEM GRUNDGESCHÄFT MIT DEM VERÄÜSSERER.

1. Damit der Erwerber des Anwartschaftsrechts auch die Möglichkeit hat, etwaige Unterlassungsansprüche gegen den Veräußerer bei drohender anderweitiger Verfügung über das Grundstück aus eigenem Recht geltend zu machen, wird es sich empfehlen, wenn er sich sämtliche Rechte des ersten Auflassungsempfängers aus dem kausalen Schuldverhältnis mit abtreten lässt. Hierfür ist nach § 398 BGB formlose Einigung genügend, die zweckmäßig mit der Einigung über den Übergang des Anwartschaftsrechts (Auflassung) in die notarielle Urkunde aufgenommen wird. Der Erwerber des Anwartschaftsrechts ist damit in der Lage, selbständig die Nebenansprüche gegen den Veräußerer im Bedarfsfall geltend zu machen, §§ 410 Abs. I Satz 1, 126 Abs. III BGB.

138) Nicht jedoch schon deshalb, weil öffentliche Urkunden immer nur an den auszuhändigen sind, dessen Erklärungen aufgenommen wurden - OLG München, DNotZ 1954, 552 -, da § 952 BGB auch erst bei der Übertragung des Anwartschaftsrechts Platz greifen könnte.

Diese Mitabtretung der Ansprüche aus dem der Grundstücksübereignung an den Ersterwerber zugrunde liegenden Schuldverhältnis hat zur Folge, dass der Erwerber des Anwartschaftsrechts auch die Rechte aus einer etwa zugunsten des ersten Aufassungsempfängers eingetragenen Vormerkung zur Sicherung des schuldrechtlichen Anspruchs auf Grundstücksübereignung erwirbt, §§ 398, 401 BGB. 139) Diese Vormerkung ist nicht etwa deshalb gegenstandslos, weil nach erklärter Aufassung der Leistungsanspruch gegen den Verkäufer als Hauptanspruch durch Erfüllung erloschen ist. Abgesehen davon, dass das Schuldverhältnis noch nicht vollständig abgewickelt ist, weil der Leistungserfolg, die Grundstücksübereignung, mit der Aufassung allein nicht eintritt, besteht wegen der weiterhin vorhandenen Gefahr zwischenzeitlicher anderweitiger Verfügungen über das Grundstück durch den Veräußerer ein Bedürfnis am Fortbestehen der Vormerkung bis zur Eintragung. 140)

2. Die Übertragung des Anwartschaftsrechts und der schuldrechtlichen Nebenansprüche könnte etwa formuliert werden:

I.

Die Vertragsteile sind darüber einig, dass das in der Urkunde des Notars vom UR-Nr. aus der Aufassung begründete Recht auf den Erwerb des Eigentums an dem Grundstück Pl.Nr. der Gemeinde auf den Erschienenen zu 2) übergeht. Falls der Erschienene zu 1) vor der Eintragung des Erschienenen zu 2) als Eigentümer des Grundstücks Pl.Nr. der Gemeinde im Grundbuch eingetragen wird, sind die Vertragsteile schon jetzt darüber einig, dass dann das Eigentum des Erschienenen zu 1) auf den Erschienenen zu 2) übergeht. 141)

II.

Der Erschienene zu 1) tritt dem Erschienenen zu 2) alle Ansprüche aus dem zu Urkunde des Notars UR-Nr. ... am ... geschlossenen Vertrag gegen ab. Der Erschienene zu 2) nimmt diese Abtretung hiermit an und beantragt:

1. das Grundbuch dahin zu berichtigen, dass Berechtigter aus der Vormerkung in Abt. II Nr. ... des Grundbuchs von zur Sicherung des Anspruchs auf Übereignung des Grundstücks Pl.Nr. der Erschienene zu 2) ist, und
2. den Erschienenen zu 2) als Eigentümer des Grundstücks Pl.Nr. einzutragen.

139) LG Hagen, NJW 1955, 1799.

140) So aus praktischen Erwägungen LG Oppeln, JW 1922, 1349.

141) Die Voreintragung ist hier nur Rechtsbedingung.

V. DIE KETTENAUFLOSSUNG.

Es kommt nicht selten vor, dass ein Grundstück mehrfach hintereinander an verschiedene Personen aufgelassen wird mit der Folge, dass der Letzte in der Erwerberreihe ohne Zwischeneintragung der anderen im Grundbuch als Eigentümer eingetragen wird. ¹⁴²⁾ Zur Lösung dieses Problems stehen zwei Möglichkeiten zur Verfügung.

Das RG und ihm folgend ein Teil der Praxis ¹⁴³⁾ sieht in der Weiterauflassung des Grundstücks durch den Auflassungsempfänger an einen Dritten mit dessen anschließender Eintragung eine Verfügung über das noch dem Veräußerer zustehende Eigentum am Grundstück. Der erste Auflassungsempfänger ist insoweit Nichtberechtigter. Die Verfügung ist jedoch wirksam, da in der dem Ersterwerber erteilten Auflassung regelmässig die Einwilligung des Veräußerers zur Weiterauflassung liegt.

Als zweite Möglichkeit bietet sich an, die Weiterauflassung als Übertragung des Anwartschaftsrechts aus der zwischen Veräußerer und ersten Auflassungsempfänger erklärten Auflassung zu werten.

Die Ansicht des RG hat den Vorzug, dass sie sich an die gesetzliche Regelung der Verfügung eines Nichtberechtigten und an die im Anschluss hieran entwickelten Rechtsgrundsätze zu halten vermag. Beim Anwartschaftsrecht aus der Auflassung als Ergebnis rechtstheoretischer Überlegungen ist das nicht der Fall. Es muss daher an Hand eines Vergleichs mit dem vom RG beschrittenen Lösungsweg untersucht werden, ob auch die Konstruktion mit der Übertragung des Anwartschaftsrechts zu Ergebnissen führt, die mit dem Gesetz im Einklang stehen. Erst dann kann darauf eingegangen werden, welche Lösungsmöglichkeit den Vorzug verdient.

Zunächst besteht insofern Einheitlichkeit zwischen beiden Lösungsmöglichkeiten, als eine Einwilligung des Veräußerers in weitere Verfügungen des Erwerbers grundsätzlich als nicht erteilt anzusehen ist, wenn eine Restkaufgeldhypothek bestellt ist, deren Entstehung die Voreintragung des Erwerbers voraussetzt. ¹⁴⁴⁾ Dann ist eine unmittelbare Eintragung des Zweiterwerbers nicht möglich. Auch sonst führen beide Auffassungen zu gleichen Ergebnissen.

¹⁴²⁾ Einen extremen Fall dieser Art behandelt das KG in OLG 43, 178 (Beschluss vom 14. Februar 1924).

¹⁴³⁾ RGZ 54, 366; 129, 150; 135, 382; KGJ 47 A 158; BayObLGZ 1953, 35.

¹⁴⁴⁾ KG JfG 2, 318.

1. Kettenauflassung und allgemeines Immobiliarsachenrecht.

Die Auswirkung einseitigen Widerrufs.

Ist das Anwartschaftsrecht vom ersten Auflassungsempfänger (A) auf den Zweiterwerber (B) rechtswirksam durch Auflassung übertragen worden, dann entfällt nach dem allgemeinen Grundsatz des § 130 BGB i. V. mit § 925 BGB die Möglichkeit einseitigen Widerrufs für A.¹⁴⁵⁾ Hinzukommt, dass die Übertragung des Anwartschaftsrechts bereits mit der Auflassung vollzogen ist. Gegenüber dem Auflassungsempfänger A und dessen Rechtsnachfolger im Anwartschaftsrecht B¹⁴⁶⁾ kann der Veräußerer nicht einseitig widerrufen, da er an seine Auflassungserklärung, aus der sich in Verbindung mit der des A das Anwartschaftsrecht ergibt, gem. §§ 925, 130 Abs. I Satz 1 BGB gebunden ist.¹⁴⁷⁾

Konstruiert man die Weiterauflassung des Grundstücks durch A als Verfügung eines Nichtberechtigten mit Einwilligung des Berechtigten, so regelt sich die Frage, ob der Veräußerer seine Einwilligung widerrufen kann, nach § 183 BGB. (Ein Widerruf der Auflassung, die A dem B erklärt hat, scheidet infolge der Bindung hieran ohnehin aus).

§ 183 Satz 1 Halbsatz 1 BGB sieht im Regelfall die Widerruflichkeit der Einwilligung in die Verfügung des Nichtberechtigten bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts, das der Nichtberechtigte abschliesst, vor. Da bei der Kettenauflassung - jedenfalls nach Ansicht des RG - die Einwilligung in der dem ersten Auflassungsempfänger A erteilten Auflassung enthalten ist, gilt für ihre Widerruflichkeit gegenüber dem A das Gleiche wie für die Auflassung, d. h., der Veräußerer kann die Auflassung und damit die Einwilligung in die Verfügung des A als Nichtberechtigter nicht widerrufen; insoweit geht § 925 BGB dem § 183 Satz 1, 1. Halbsatz BGB als *lex specialis* vor.¹⁴⁸⁾

Gem. § 183 Satz 2 BGB kann die Einwilligung auch gegenüber dem anderen Teil, hier dem Zweiterwerber B, widerrufen werden. Die Widerruflichkeit gegenüber B wird durch § 925 BGB nicht ausgeschlossen, da die Auflassungserklärung, wenn überhaupt, nur gegenüber dem anderen Partner bei der dinglichen Einigung widerrufen werden könnte und "Bindung" an die Auflassung nur bedeutet, gegenüber diesem nicht widerrufen zu können. Der Ausschluss der Widerruflichkeit der Ein-

¹⁴⁵⁾ Vgl. oben Seite 18 f.

¹⁴⁶⁾ Als Einzelrechtsnachfolger des A im Anwartschaftsrecht ist B nicht der "andere Teil" i. S. des § 183 Satz 2 BGB.

¹⁴⁷⁾ Vgl. oben Seite 18 a. E.

¹⁴⁸⁾ So im Ergebnis auch Hoche NJW 1955, 653 unter Hinweis auf RGZ 129, 153.

willigung gegenüber B liesse sich damit begründen, § 183 Satz 2 BGB gehe davon aus, dass der Widerruf in gleicher Weise dem als Nichtberechtigten Verfügenden wie auch dem anderen Teil gegenüber erfolgen kann und wenn der Widerruf gegenüber dem einen unwirksam sei, dies auch für den Widerruf gegenüber dem anderen gelte. Andernfalls würden sich Unklarheiten ergeben, weil die Wirksamkeit des Widerrufs verschieden ist, je nach dem wem gegenüber er erklärt ist. Das konnte der Gesetzgeber nicht gewollt haben, sonst hätte er den Widerruf gegenüber dem Verfügenden und dem anderen Teil nicht gleichgestellt.

Zutreffender ist es jedoch, auf das Schuldverhältnis zwischen Veräusserer und Ersterwerber abzustellen, das der Grundstücksübereignung und folgeweise auch der Erteilung der Auflassung zugrunde liegt. Hiernach ist der Veräusserer in der Regel verpflichtet, dem Ersterwerber das Grundstück zu übereignen. Falls der Ersterwerber noch vor dem Eigentumserwerb mit der Eintragung das Grundstück veräussern will, ist der Eigentümer verpflichtet, alles zu tun, damit derselbe Erfolg eintritt, wie wenn A als Eigentümer, zu dem er ihn machen müsste, das Grundstück übereignet hätte. Er muss also dem A die Einwilligung erteilen und darf sie auch gegenüber dem Zweiterwerber nicht widerrufen, da andernfalls dieser Erfolg nicht einträte. Damit ist die Einwilligung auch dem Zweiterwerber B gegenüber unwiderruflich, § 183 Satz 1 BGB 2. Halbsatz. 149)

Einverständige Aufhebung der ersten Auflassung.

Die Bindung an die Auflassungserklärungen hindert die Beteiligten, sie einseitig zu widerrufen, nicht aber, sie in beiderseitigem Einverständnis rückgängig zu machen. Diese Aufhebungsvereinbarung bedarf im Gegensatz zur Auflassung keiner Form. 150) Wenn das Gesetz für die Vornahme eines Rechtsgeschäfts eine Form vorschreibt, so ist hierfür massgebend, dass angesichts der Bedeutung des Geschäfts und der sich aus ihm ergebenden Rechtsfolgen die nur mündliche Erklärung der Beteiligten nicht ausreichend erscheint. Die Aufhebung eines bereits unter Wahrung der vorgeschriebenen Form geschlossenen Rechtsgeschäfts führt je-

149) Grundsätzlich unter Heranziehung der Erwägung, dass der Veräusserer schuldrechtlich zur Grundstücksübereignung an den Ersterwerber verpflichtet ist, Lange AT § 47 II 1 S. 295.

150) BayOblGZ 1954, 147; OLG 41, 147 Fussn. 2 (KG). Bestritten ist nur, ob die Aufhebung dem Grundbuchamt in der Form des § 29 I, 1 GBO nachzuweisen ist, um berücksichtigt zu werden. Man wird dies gegen KG HRR 1930 Nr. 42 mit OLG Karlsruhe JFG 1, 286 und Güthe-Triebel Anm. 9 zu § 29 GBO verneinen müssen, da nur die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen formbedürftig nachzuweisen sind, nicht aber Erklärungen, die eine Eintragung

doch nur den Zustand herbei, wie er vor Abschluss des Geschäfts bestanden hat. 151) Wenn die Aufhebung eines formbedürftigen Rechtsgeschäfts selbst einschneidende Rechtsfolgen äussert, hat der Gesetzgeber ohnehin auch für den Aufhebungsvertrag den Formzwang aufgestellt, wie § 2290 Abs. IV BGB zeigt. Für das Rückgängigmachen der Auflassung sind jedoch keine Gründe vorhanden, die die Abgabe der beiderseitigen Aufhebungserklärungen vor einer der in § 925 Abs. I Satz 1 BGB genannten Stelle notwendig erscheinen liessen.

Der Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit dem Veräusserer ist eine Verfügung des Auflassungsempfängers über das Anwartschaftsrecht, da dieses unmittelbar zum Erlöschen gebracht wird. Die Auflassung kann daher nur rückgängig gemacht werden, wenn der Auflassungsempfänger noch Inhaber des Anwartschaftsrechts ist. 152) Dem steht nicht entgegen, dass der Ersterwerber auch nach Übertragung des Anwartschaftsrechts seine Einigungserklärung gegenüber dem Veräusserer anfechten kann, obgleich er damit die Grundlage des bereits übertragenen Anwartschaftsrechts zerstört. 153) Die Anfechtung hat kraft Gesetzes die Nichtigkeit der angefochtenen Willenserklärung (§ 142 Abs. I BGB) und damit auch die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts, dessen Bestandteil sie bildet, zur Folge. Mittelbar ergibt sich hieraus die Zerstörung der Rechte, die durch das fragliche Rechtsgeschäft begründet wurden. Die Anfechtung ist jedoch deshalb noch keine Verfügung über diese Rechte. 154) Einem Aufhebungsvertrag kommt dagegen nicht die Wirkung zu, dass die Willenserklärungen, aus denen der aufzuhebende Vertrag sich zusammensetzt, nichtig wären. Wollen die Parteien im gegenseitigen Einvernehmen ein Rechtsgeschäft rückgängig machen, so kann das nur so vor sich gehen, dass sie die aus ihm sich ergebenden Rechtswirkungen, also die aus ihm begründeten Rechte aufheben. Infolge der unmittelbaren Einwirkung des Aufhe-

Fortsetzung der Fussnote 150 der Seite 72:

verhindern. Die Formbedürftigkeit der Antragszurücknahme bleibt jedoch unberührt.

151) Enneccerus-Nipperdey Allg. Teil Halbbd. II § 154 Anm. 12 Seite 650.

152) So im Ergebnis auch Hoche NJW 1958, 870.

153) Die h. M. lässt auch nach der Abtretung die Anfechtung des Zedenten gegenüber dem Schuldner zu, auch wenn er nicht mehr Inhaber der Forderung ist, die durch Anfechtung des Vertrags zerstört wird, aus dem die Forderung sich herleitet, Enneccerus-Lehmann § 79 II 2 Seite 317.

154) Dies wird dadurch erhärtet, dass man andernfalls in der Anfechtung auch dann eine Verfügung über ein sich aus dem angefochtenen Vertrag ergebendes Recht annehmen müsste, wenn dieses dem Anfechtungsgegner zusteht.

bungsvertrags auf diese Rechte ist dieser Vertrag eine Verfügung; daher ist Voraussetzung, dass der Aufhebende noch Inhaber dieser Rechte ist. Dem Erwerber des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung kann demnach weder ein Widerruf noch eine einverständliche Aufhebung der Auflassung schaden.

Das Ergebnis ist das gleiche, wenn man die Konstruktion des RG mit der Verfügung eines Nichtberechtigten zugrunde legt. Die Vereinbarung, die erste Auflassung rückgängig zu machen, hätte, falls sie noch nach Weiterauflassung des Grundstücks durch den Ersterwerber wirksam abgeschlossen werden könnte, zur Folge, dass gegenüber dem Nichtberechtigten A die Einwilligung zurückgezogen wäre, die die Verfügung gem. § 185 Abs. I BGB wirksam macht. Im übrigen enthielte die Aufhebungsabrede auch die Auflösung des zwischen Veräußerer und Ersterwerber bestehenden kausalen Schuldverhältnisses, das dahin ging, den Auflassungsempfänger bzw. denjenigen zum Eigentümer zu machen, an den der erste Auflassungsempfänger noch vor seiner Eintragung das Grundstück weiterveräußern würde. Man muss annehmen, dass mit Hilfe eines Vertrags zugunsten Dritter der Zweiterwerber auch gegen den Veräußerer einen schuldrechtlichen Anspruch darauf erlangte, dass dieser ihm gegenüber nicht widerrufe. Das ergibt sich aus der Verpflichtung des Veräußerers, den A bzw. den von diesem bestimmten Dritten zum Eigentümer zu machen und aus der inhaltsgleichen Verpflichtung des A gegenüber dem Dritten. Demnach kann der Veräußerer dem Dritten gegenüber nicht widerrufen, § 183 Satz 1 Halbsatz 2 BGB, da durch die Aufhebungsvereinbarung zwischen Veräußerer und Ersterwerber der bereits bestehende schuldrechtliche Anspruch des Dritten, dem bereits vom Ersterwerber aufgelassen ist, auf Unterlassung des Widerrufs nicht beeinträchtigt werden kann. Auch im Verhältnis zum Ersterwerber stellt sich die Aufhebungsvereinbarung nicht als Widerruf dar, da es nicht richtig sein kann, dass ein Widerruf gegenüber dem Dritten unwirksam, gegenüber dem als Nichtberechtigten Verfügenden dagegen wirksam ist. Hierdurch würde der Erwerb des Dritten verhindert, also der gleiche Erfolg eintreten, wie wenn, was gerade unwirksam ist, dem Dritten gegenüber widerrufen worden wäre.

Zwischenzeitliche Verfügungsbeschränkungen des Veräußerers.

Nach Eingang des vom Erwerber des Anwartschaftsrechts beim Grundbuchamt gestellten Antrags auf Eintragung steht ein Verlust der Verfügungsbefugnis auf seiten des Veräußerers dem unmittelbaren Eigentumserwerb durch den Zweiterwerber nicht entgegen, § 878 BGB. Berechtigter i. S. des § 873 BGB und damit auch nach § 878 BGB ist nur, wer zu der in Betracht kommenden Verfügung berechtigt ist, hier also der Veräußerer. Mit der Eintragung des Zweiterwerbers geht das bisher noch dem Veräußerer verbliebene Eigentum auf den neu Eingetragenen über. Wäre das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung nicht übertragen worden, hätte der erste Auflassungsempfänger den Eintragungsantrag beim Grund-

buchamt stellen müssen, wie dies bei Abtretung der Anwartschaft der Zweiterwerber tun muss, um vor Verfügungsbeschränkungen des Veräußerers sicher zu sein.

Legt man die Ansicht des RG zugrunde, dann ist davon auszugehen, dass auch die Zustimmung zur Verfügung eines Nichtberechtigten über ein Grundstück selbst wieder Verfügung über das Grundstück ist. 155) Grundsätzlich muss daher die Zustimmung des Veräußerers noch in dem Zeitpunkt rechtsgültigen Bestand haben, in dem die Verfügung, der zugestimmt wird, zur Wirksamkeit gelangt, also noch zum Zeitpunkt der Eintragung des Zweiterwerbers. Die Anwendung des § 878 BGB ergibt aber, dass es genügt, wenn der Zweiterwerber den Eintragungsantrag beim Grundbuchamt gestellt hat. Später eintretende Verfügungsbeschränkungen des Veräußerers sind dann unschädlich.

Zwischenzeitliche Verfügungsbeschränkungen des Ersterwerbers.

Wird der Ersterwerber in der Verfügung beschränkt, nachdem er das Anwartschaftsrecht an den Zweiterwerber übertragen hat, so ist dies ohne Einfluss auf die Eintragung des Zweiterwerbers. § 878 BGB kann entgegen der Auffassung von HOCHÉ 156) auf das Verhältnis zwischen Erst- und Zweiterwerber nicht zur Anwendung kommen, da die Übertragung des Anwartschaftsrechts mit der Einigung der Beteiligten hierüber vollzogen ist und infolge des Wegfalls der Eintragung für die Abtretung der Anwartschaft die Vollendung des Erwerbs nicht vom Zufall der internen Behandlung der Anträge auf Eintragung beim Grundbuchamt abhängig ist. 157)

§ 878 BGB ist auch dann unanwendbar, wenn man in der Weiterauflassung durch den Ersterwerber eine Verfügung über das Grundstück sieht und nach vorgenommener Weiterauflassung der Ersterwerber in der Verfügungsmacht beschränkt wird. Infolge der Einwilligung des Veräußerers in die Weiterauflassung ist zwar die Verfügung des nichtberechtigten Ersterwerbers wirksam; dieser wird jedoch durch die Einwilligung nicht zum Berechtigten. Es ist auch nicht einzusehen, weshalb Verfügungsbeschränkungen, die nur das eigene Vermögen des Ersterwerbers treffen können, einer Verfügung über ein für den Ersterwerber fremdes Recht mit Einwilligung des Berechtigten entgegenstehen sollen. Die Entscheidung des RG

155) Die Zustimmung bedarf daher auch der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, BayOblGZ 13, 287. Vgl. auch Enneccerus-Nipperdey Allg. Teil Halbbd. II § 204 II 4 Seite 887 u. § 143 Anm. 11 Seite 592.

156) NJW 1955, 653 2. Spalte.

157) Dies ist die Bedeutung des § 878 BGB. Vgl. Westermann § 76 III 3 b Seite 360.

in RGZ Bd. 135 Seite 378, 381 ff. kann nicht herangezogen werden, da in dem dort entschiedenen Fall der Ersterwerber nach Eintritt der Verfügungsbeschränkung selbst das Grundstück erworben hatte, das dann als Vermögensbestandteil des Ersterwerbers von dem gegen diesen ausgebrachten Veräußerungsverbot betroffen wurde.

Der Schutz des redlichen Erwerbers nach § 892 BGB.

Beim Erwerb des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung gibt es keinen Schutz des guten Glaubens an die Richtigkeit des Grundbuchs. § 892 Abs. I Satz 1 BGB ist nur auf eintragungsfähige Rechte anwendbar, da nur hier der redliche Erwerber sich auf den Grundbucheintrag als Vertrauenstatbestand berufen kann. Ist die Auflassungserklärung vom Veräußerer angefochten worden, was trotz eingetretener Bindung möglich ist, ¹⁵⁸⁾ dann hat der Zweiterwerber nichts erworben, da die Anfechtung der Auflassung, die zwischen Veräußerer und Ersterwerber vorgenommen worden war, mit ex-tunc-Wirkung das Anwartschaftsrecht vernichtet, § 142 Abs. I BGB. Die gleichwohl erfolgende Eintragung des Zweiterwerbers als neuer Eigentümer im Grundbuch würde diesem nur eine Buchposition, nicht aber das Eigentum am Grundstück verschaffen. Es fehlt an einer auf den Veräußerer zurückreichenden Einigung. Infolge der Anfechtung hätte auch der Vormann des Zweiterwerbers nicht das Eigentum erwerben können.

Die Auffassung des RG führt ebenfalls zum Ausschluss des redlichen Erwerbs. Der Zweiterwerber wird nur Eigentümer, wenn die Verfügungsbefugnis des als Nichtberechtigten über das Grundstück verfügenden Auflassungsempfängers bis zu seiner Eintragung vorhanden ist. Die Anfechtung der Auflassungserklärung und der in ihr enthaltenen Einwilligung des Eigentümers entzieht mit rückwirkender Kraft dem Ersterwerber die Verfügungsmacht über das Grundstück; der gute Glaube an das Vorhandensein der Verfügungsmacht wird grundsätzlich nicht geschützt.

¹⁵⁸⁾ Die Anfechtung ist das Mittel, von einer Willenserklärung loszukommen, die nicht mit dem Willen des Erklärenden übereinstimmt. Sie gewinnt gerade Bedeutung bei bindenden Willenserklärungen, da nicht bindende ohnehin jederzeit widerrufen werden können. Für die Anfechtbarkeit einer bindenden Einwilligung Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil Halbbd. II § 204 III 2, S. 888.

Es bleibt noch der Fall, dass der Veräußerer zu Unrecht im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist.

Veräußert der Buchberechtigte das Grundstück, so wird der Erwerber Eigentümer, es sei denn, dass ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen oder ihm die Unrichtigkeit bekannt ist, § 892 Abs. I Satz 1 BGB. Grundsätzlich darf bis zum Zeitpunkt der Eintragung weder ein Widerspruch eingetragen noch die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt sein, damit er redlich das Eigentum erlangt. Das Anwartschaftsrecht ist, da nicht eintragungsfähig, kein Recht, das dem Auflassungsempfänger ermöglicht, den Eigentumserwerb auch gegenüber dem wahren Grundstückseigentümer durchzusetzen.¹⁵⁹⁾ § 892 Abs. II BGB bestimmt lediglich, dass nach Eingang des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt nur noch die Eintragung eines Widerspruchs, nicht jedoch die Kenntnis der Grundbuchunrichtigkeit den redlichen Erwerb hindert. Wird das Anwartschaftsrecht übertragen, so ist zu unterscheiden, ob der Eintragungsantrag schon eingereicht ist. Ist das nicht der Fall, darf weder ein Widerspruch eingetragen noch dem Erwerber die Unrichtigkeit bekannt sein, damit er Eigentümer wird. Ist dagegen der Antrag beim Grundbuchamt bereits eingegangen, dann schadet nur noch die Eintragung eines Widerspruchs, während es unerheblich ist, ob der Zweiterwerber bei Erwerb des Anwartschaftsrechts die Unrichtigkeit des Grundbuchs kannte oder nicht. Dies ist folgerichtiges Ergebnis der Übertragung des Anwartschaftsrechts, wobei es ohne Rücksicht auf die eigene Kenntnis oder Unkenntnis des Erwerbers des Anwartschaftsrechts nur darauf ankommt, unter welchen Voraussetzungen sein Vormann den Eigentumserwerb auch gegenüber dem wahren Eigentümer hätte durchsetzen können, wenn das Anwartschaftsrecht nicht übertragen worden wäre.¹⁶⁰⁾ Da jedoch der Erwerber des Anwartschaftsrechts nicht besser gestellt werden darf, wie wenn er unmittelbar vom nur Buchberechtigten das Grundstück erlangt hätte, wird man verlangen müssen, dass ihm wenigstens noch in dem Zeitpunkt die Unrichtigkeit des Grundbuchs unbekannt war, als der Eintragungsantrag beim Grundbuchamt einging, § 892 Abs. II BGB.

Das Ergebnis ist nicht anders, wenn man in der Weiterauflassung die Verfügung eines Nichtberechtigten sieht. Das RG vertrat allerdings die Auffassung, daß die Zu-

159) Dies ist bei der im Vertrauen auf die Grundbuchrichtigkeit erworbenen bewilligten Vormerkung der Fall, §§ 893 2. Alternative, 892 Abs. I Satz 1 BGB. Vgl. Westermann, § 85 IV 3, Seite 413.

160) Bei der Ersitzung beweglicher Sachen gibt es keine Rechtsnachfolge in die Anwartschaft des Ersitzenden, wohl aber die Anrechnung der Ersitzungszeit, § 943 BGB. Bei wirklicher Nachfolge in die Ersitzung würde nur positive Kenntnis schaden (Westermann, § 51 II 3 b, Seite 244).

stimmung zur Verfügung eines Nichtberechtigten nur dann als Verfügung angesehen werden könne, wenn sie vom Berechtigten abgegeben wird. 161) Hiergegen lässt sich einwenden, dass die Verfügung eines Nichtberechtigten sich aus der Verfügung eines Nichtberechtigten und der Zustimmung eines Nichtberechtigten hierzu zusammensetzen kann. 162) Die Zustimmung des zu Unrecht als Eigentümer im Grundbuch Eingetragenen zur Verfügung eines Nichtberechtigten über das Grundstück ist selbst Verfügung über das Grundstück, die als vom wahren Eigentümer erklärt gilt, da der Verfügende im Grundbuch als Berechtigter legitimiert ist, § 893 BGB 2. Alternative mit § 892 Abs. I Satz 1 BGB. 163) Der Zweiterwerber wird daher mit der Eintragung Eigentümer, wenn er bei Eingang des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht kannte und bis zur Eintragung kein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen wird, §§ 893, 892 Abs. I Satz 1 BGB mit Abs. II.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass hinsichtlich der wesentlichen Fragen des Liegenschaftsrechts es im Ergebnis keinen Unterschied ausmacht, ob man die Kettenauflassung als Verfügung über das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung oder als mit Zustimmung des Berechtigten vorgenommene Verfügung (mit anschließender Eintragung) eines Nichtberechtigten über das Grundstück konstruiert.

Nebeneinander sind diese beiden Konstruktionen nicht zuzulassen. Der Auflassungsempfänger kann nicht zum Zwecke der Verfügung über das Grundstück die Auflassung erklären und daneben an eine andere Person das Anwartschaftsrecht übertragen. Die Möglichkeit einer Doppelung und Konkurrenz beider Konstruktionen wird nur scheinbar dadurch begründet, dass es sich in beiden Fällen um verschiedene Rechtsgeschäfte mit verschiedenen Objekten handelt, wenn durch Weiterauflassung einmal über das Anwartschaftsrecht verfügt, zum andern eine Verfügung über das Grundstück durch einen Nichtberechtigten mit Einwilligung des Berechtigten eingeleitet wird. Entscheidend ist nämlich nicht die formale Verschiedenheit der Objekte der jeweiligen Verfügungsgeschäfte, vielmehr

161) RGZ 137, 356.

162) Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil Halbbd. II § 204 III 2 und Anm. 25 hierzu Seite 887; Höniger, JW 1933, 1453.

Von einer derartigen Zusammensetzung der Verfügung eines Nichtberechtigten geht auch der BGH in NJW 1957, 1553 - nur Leitsatz - aus, wenn ausgesprochen wird, dass § 185 Abs. II BGB entsprechend anzuwenden sei, wenn ein Nichtberechtigter, der in die Verfügung eines Nichtberechtigten eingewilligt hat, den Gegenstand erwirbt, über den der andere verfügt hat.

163) Palandt-Hoche Anm. 3 zu § 893 BGB.

kommt es allein auf die Berechtigung des Auflassungsempfängers gegenüber dem Veräußerer zur Weiterauflassung des Grundstücks an, mag man hierin die Übertragung des Anwartschaftsrechts oder die Einleitung einer Verfügung gem. § 185 BGB sehen. Anwartschaftsrecht und Ermächtigung zur Verfügung über das Grundstück sind inhaltlich identisch,¹⁶⁴⁾ es wird nur ein und derselbe Vorgang, die weitere Auflassung durch den ersten Auflassungsempfänger, einer verschiedenen rechtstheoretischen Betrachtung unterworfen.

Die Ansicht des RG, wonach in der ersten Auflassung auch die Einwilligung des Veräußerers zu Verfügungen des Auflassungsempfängers über das Grundstück liegt, ist damit zu begründen, dass der Veräußerer in der Auflassung sein Einverständnis mit dem Eigentumserwerb des Auflassungsempfängers erklärt, was nichts anderes bedeutet, als dass der Auflassungsempfänger in die Stellung des Eigentümers gebracht werden soll, die es ihm erlaubt, nach Belieben über das Grundstück zu verfügen, § 903 BGB. Die Verfügungsermächtigung ist nur ein Rechtsbehelf, um den Auflassungsempfänger bereits vor der Eigentumsumschreibung so zu stellen, als wäre er schon in diesem Zeitpunkt Eigentümer des Grundstücks. Baut demnach die Verfügungsermächtigung auf der Erwartung des Auflassungsempfängers, das Eigentum am Grundstück zu erwerben, auf, dann ist sie nichts anderes als das Recht des Auflassungsempfängers gegenüber dem Veräußerer auf Erwerb des Eigentums, das Anwartschaftsrecht. Hat der Auflassungsempfänger dieses Recht übertragen, kann eine Verfügung über das Grundstück durch Weiterauflassung und anschließende Eintragung nicht mehr wirksam sein, weil er kein Erwerbsrecht mehr hat, das die Grundlage für die Verfügungsermächtigung ist. Hat dagegen der Auflassungsempfänger in Form der Weiterauflassung von der Verfügungsermächtigung Gebrauch gemacht und sich dadurch so gestellt, wie wenn er das Eigentum am Grundstück schon erworben hätte, dann kann eine weitere Realisierung seines Erwerbsrechts nicht mehr in Betracht kommen. Deshalb hat er kein Anwartschaftsrecht mehr, das er übertragen könnte.

Der Ausschluss der Doppelung beider Konstruktionsmöglichkeiten ist allein für die Praxis tragbar. Es kann nicht der Sinn einer vernünftigen Rechtsordnung sein, zuzulassen, dass der Auflassungsempfänger sowohl das Anwartschaftsrecht übertragen als auch von der in der Auflassung enthaltenen Verfügungsermächtigung Gebrauch machen und dabei zusehen könnte, welcher der mehreren Prätendenten zuerst die Eintragung im Grundbuch herbeiführt.

Von den beiden Konstruktionsmöglichkeiten ist die der Übertragung des Anwartschaftsrechts vorzuziehen. Sie gewährleistet eine dogmatisch saubere Lösung der

164) Vgl. Soergel-Baur, Anm. 1 d zu § 873 BGB: "Die beiderseitige Einigung gibt eine Anwartschaft, die im Zweifel gem. § 185 BGB das Recht gibt, über das zu erwerbende Recht schon vor der Eintragung weiter zu verfügen ohne Zwischeneintragung."

mit der Kettenauflassung zusammenhängenden Fragen. Die Lehre von der Verfügungsermächtigung muss vielfach eine mutmassliche Einwilligung annehmen und eine Verfügung über das Grundstück als gewollt unterstellen, woran die Parteien meist nicht gedacht haben. Der Vorgang der Kettenauflassung kann mit der Annahme einer Verfügungsermächtigung nicht ohne Schwierigkeiten erklärt werden, weil man nach dieser Konstruktion in der ersten Auflassung die Einwilligung des Veräusserers in alle nachfolgenden Auflassungen und in den weiteren Auflassungen die Einwilligung sämtlicher Auflassungsempfänger in die nachfolgenden Auflassungen sehen muss, 165)

2. Das Verfahren beim Grundbuchamt bei Kettenauflassungen.

Geht der Antrag des Zweiterwerbers auf Eintragung als neuer Eigentümer beim Grundbuchamt ein, muss, damit die Eintragung erfolgen kann, die Auflassung (= die Einigung des als Berechtigten im Grundbuch Eingetragenen und des Zweiterwerbers über dessen Eigentumserwerb) nachgewiesen werden. Es ist daher zunächst die Auflassungsurkunde, in der die Auflassung des Grundstücks an den Ersterwerber enthalten ist, dem Grundbuchamt vorzulegen, §§ 20, 29 GBO. Um jedoch unmittelbar die Eintragung des Zweiterwerbers vornehmen zu können, ist weiter der Nachweis erforderlich, dass der Zweiterwerber durch rechtsgeschäftliche Übertragung des Anwartschaftsrechts an die Stelle des Ersterwerbers getreten ist, also die vom eingetragenen Eigentümer herrührende Auflassung auch die Grundlage für die Eintragung des Zweiterwerbers bildet. Sind mehrere Auflassungen nacheinander erfolgt, dann müssen alle Auflassungsurkunden beigebracht werden, so dass die Lückenlosigkeit der Kette von Auflassungen von dem, der unmittelbar eingetragen werden soll, bis zurück zu dem im Grundbuch als Eigentümer eingetragenen Veräusserer feststeht. Hieraus vermag der Grundbuchrichter zu entnehmen, dass der letzte Auflassungsempfänger, der seine Eintragung als Eigentümer begehrt, seine Berechtigung auf den im Grundbuch Eingetragenen zurückführen kann.

Der letzte Auflassungsempfänger kann jedenfalls dann unmittelbar eingetragen werden, wenn weder die Zwischenerwerber noch der Veräusserer die Eintragung beantragt haben, also auch keine formell-rechtlichen Bedenken - § 17 GBO - der unmittelbaren Eintragung entgegenstehen. Im übrigen muss unterschieden werden:

Hat ein oder haben mehrere Zwischenerwerber ihre Eintragung beantragt, so sind die Anträge vor dem zuletzt eingegangenen zu erledigen, § 17 GBO. Die Erledi-

165) Hoche NJW 1955, 653.

gung der früheren Anträge kann auch durch Zurücknahme geschehen. 166) Wenn V an A, dieser an B aufgelassen hat und B den Eintragungsantrag auf sich beim Grundbuchamt einreicht, aber vor seiner Eintragung weiter an C auflässt, dann darf angenommen werden, dass in der zwecks Eintragung des C dem Grundbuchamt vorgelegten Auflassung von B an C eine Zurücknahme des Eintragungsantrags des B liegt. Die für die Zurücknahme des Eintragungsantrags erforderliche Form ist gewahrt, §§ 31, 29 GBO. Ergibt sich aus der Auflassungsurkunde, dass C unmittelbar als neuer Eigentümer eingetragen werden soll und kann, so folgt hieraus weiter, dass B auf seine Eintragung verzichtet. Die Zurücknahme des Eintragungsantrags braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden. Nötig ist nur, dass sich ein auf die Zurücknahme gerichteter Wille des Antragstellers aus der Urkunde entnehmen lässt, was jedenfalls dann zutreffen wird, wenn er selbst die Eintragung dessen beantragt, an den er das Grundstück weiter aufgelassen hat. 167)

Ist dagegen vom Veräußerer der Antrag gestellt worden, den ersten Auflassungsempfänger einzutragen, dann entfällt die Möglichkeit, in der Weiterauflassung des Grundstücks durch den ersten Auflassungsempfänger an einen Dritten eine Rücknahme des Antrags des Veräußerers zu sehen, da den Eintragungsantrag nur der Antragsteller selbst oder der beurkundende Notar mit vermuteter Vertretungsmacht (vgl. § 15 GBO) zurücknehmen können. 168) In diesem Fall muss der erste Auflassungsempfänger entsprechend dem Eingang des Eintragungsantrags als Eigentümer gebucht werden. 169)

§ 8 VERPFÄNDUNG UND PFÄNDUNG DES ANWARTSCHAFTS- RECHTS AUS DER AUFLASSUNG.

I. GEMEINSAME PROBLEME.

1. Das Anwartschaftsrecht als Gegenstand einer Zwangsvollstreckung nach erklärter Auflassung.

Die Diskussion über den Fragenkreis um die Anwartschaft aus der Auflassung wurde erst dadurch ausgelöst, dass verschiedentlich versucht wurde, die Rechte zu pfänden, die dem Käufer eines Grundstücks nach der Auflassung, aber vor seiner Eintragung als Eigentümer im Grundbuch zustehen. In diesem Stadium kann ein Gläubiger des Käufers noch nicht die Zwangsvollstreckung in das Grundstück be-

166) Henke-Mönch-Horber Anm. 3 A d zu § 17 GBO.

167) Vgl. Meikel-Imhof-Riedel, Band II Anm. 6 zu § 31 GBO.

168) Henke-Mönch-Horber, Anm. 3 C a zu § 31 GBO.

169) OLG (KG) 43, 178.

treiben, da diese zur Voraussetzung hat, dass der Schuldner im Grundbuch als Eigentümer des Grundstücks eingetragen ist (§ 39 GBO mit § 867 Abs. I ZPO; §§ 17 Abs. I, 146 Abs. I ZVG). 170) Ob der Gläubiger nach § 848 ZPO vorgehen kann, ist fraglich, weil diese Bestimmung in ihrem Abs. II Satz 1 von einem "Anspruch auf Übertragung des Eigentums" (an einem Grundstück) spricht, also den Zustand vor der Auflassung voraussetzt. Die Anwendung des § 848 ZPO muss hier in der Tat ausscheiden. Nach erklärter Auflassung sind aus dem Grundstück keine Ansprüche mehr vorhanden, die Gegenstand einer Zwangsvollstreckung sein könnten. 171) Es wäre auch aus praktischen Erwägungen heraus unverständlich, wenn der Gläubiger auf das immerhin etwas umständliche Verfahren nach § 848 ZPO angewiesen wäre, ohne sich die gegenüber dem bloss schuldrechtlichen Übereignungsanspruch verbesserte Rechtsstellung des Käufers aus der Auflassung nutzbar machen zu können, nachdem in der Rspr. die Tendenz zu beobachten ist, tunlichst alle Rechtspositionen wirtschaftlich verwertbar zu gestalten. 172)

Als Gegenstand für die Pfändung kommt nach der Auflassung daher nur das Anwartschaftsrecht, nicht, und auch nicht daneben, der schuldrechtliche Eigentumsverschaffungsanspruch aus dem Grundgeschäft in Frage. 173) Der Anspruch auf Vornahme der Eintragung bei Vorliegen aller Voraussetzungen hierfür, der gegenüber dem Grundbuchamt besteht, scheidet als nicht privatrechtlicher Anspruch für eine Pfändung ohnehin aus. 174)

170) Der Fall, dass der Schuldner der Erbe des eingetragenen Eigentümers ist, was der Anordnung von Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung nicht entgegensteht (§§ 17 Abs. I, 146 Abs. I ZVG) bleibt hier ausser Betracht.

171) Siehe oben Seite 38 f.

172) Der BGH in NJW 1956, 666 begründet seine Auffassung, die Übertragung des Anwartschaftsrechts aus aufschiebend bedingter Fahrnisübereignung führe zum unmittelbaren Erwerb des Eigentums mit Bedingungseintritt, mit dem Bedürfnis nach wirtschaftlicher Verwertbarkeit des Anwartschaftsrechts.

173) Die Rspr. war zu dieser Frage lange uneinheitlich. Das OLG Jena in Seuff. Arch. 67, 82 lehnte eine Pfändung der Rechte des Erwerbers nach der Auflassung überhaupt ab. Das KG liess anfangs auch nach der Auflassung die Pfändung des schuldrechtlichen Anspruchs des Grundstückskäufers auf Übertragung des Eigentums zu. JFG 3, 297; JFG 7, 331. Später erklärte das KG die Pfändung des schuldrechtlichen Anspruchs auf Übereignung und daneben wahlweise die des Anwartschaftsrechts (JFG 4, 339), dann nur die des Anwartschaftsrechts für zulässig (JFG 14, 131).
Vgl. hierzu noch Hoche, NJW 1955, 933 f.

174) OLG Dresden, Seuff. Arch. 61, 423.

Für die Verpfändung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung gilt das Gleiche. Das vertragliche Pfandrecht und das Pfändungspfandrecht unterscheiden sich zwar in der Art ihrer Entstehung und zum Teil auch in der rechtlichen Behandlung, aber die Frage, was im konkreten Fall der Gegenstand eines vertraglichen Pfandrechts oder eines Pfändungspfandrechts sein kann, ist nur einheitlich zu behandeln.

2. Die Entstehung einer Surrogationssicherungshypothek mit der Eigentumsumschreibung als Rechtsfolge der Verpfändung oder Pfändung des Anwartschaftsrechts.

Das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung ist, obgleich möglicher Gegenstand einer Verpfändung oder Pfändung, nicht geeignet, dem Pfand- bzw. Pfändungsgläubiger unmittelbar Befriedigung zu gewähren. Das Anwartschaftsrecht ist nur eine Vorstufe zum Eigentum, zu dem es bei Vorliegen der letzten Entstehungsvoraussetzung, der Eintragung, erstarkt. Das Anwartschaftsrecht erschöpft sich seiner Bedeutung nach in der Herbeiführung des Eigentumserwerbs. Zur Befriedigung des Gläubigers kann demnach nur eine Zwangsvollstreckung in das Grundstück führen. 175) Baut man folgerichtig darauf weiter, dass das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung nur ein vorläufiges Recht und als solches in der Entwicklung zum Eigentum hin befindlich ist, so muss man mit dem BayObLG annehmen, dass derjenige, der das Anwartschaftsrecht pfänden oder sich verpfänden lässt, hiermit lediglich für seinen Schuldner den Antrag auf Eigentumsumschreibung beim Grundbuchamt stellen kann, aber nach dem Eigentumserwerb seines Schuldners darauf angewiesen ist, gem. §§ 864 ff. ZPO die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu betreiben. 176) 177) Die Pfändung des Anwartschaftsrechts wäre hiernach das Analogon zur Pfändung des Grundbuchberichtigungsanspruchs nach § 894 BGB mit dem Unterschied, dass zur Eintragung einer Zwangssicherungshypothek nicht nur die nach der Ordnungsvorschrift des § 39 GBO hierfür

175) Die Eintragung einer Zwangshypothek gewährt dem Gläubiger nur eine Sicherung seiner Forderung, nicht schon Befriedigung. Gleichwohl ist die Eintragung einer Zwangshypothek eine Zwangsvollstreckung in das Grundstück. In der Zwangsversteigerung hat der Gläubiger möglicherweise einen Rangvorteil, wenn er aus dem dinglichen Recht die Zwangsversteigerung betreibt, vgl. § 10 Ziff. 4 und 5 ZVG.

176) BayObLG JFG 9, 233; LG Essen NJW 1955, 1402.

177) Einem Gläubiger, der sich das Anwartschaftsrecht hat verpfänden lassen, wäre damit zu helfen, dass man in der Verpfändung auch die - formlos gültige - Einigung über das Entstehen einer Hypothek und in dem der Verpfändung zugrunde liegenden Schuldverhältnis die Verpflichtung zur Hypothekenbestellung mit annimmt, aus der auf Erteilung einer Eintragungsbewilligung geklagt werden könnte.

unerlässliche Voreintragung des Eigentümers, 178) sondern bereits dessen materieller Erwerb des Eigentums herbeigeführt werden soll. Die zur Eintragung einer Zwangssicherungshypothek immer erforderliche Voreintragung des Eigentümers hat im ersten Fall deklaratorische, im zweiten konstitutive Wirkung.

Es ist unverkennbar umständlich, wenn ein Gläubiger des Erwerbers im Stadium zwischen Auflassung und Eintragung erst das Anwartschaftsrecht pfänden und nach erfolgter Eigentumsumschreibung erneut die Zwangsvollstreckung, jetzt in das Grundstück, betreiben muss. Es besteht ein praktisches Bedürfnis, dem Gläubiger die Möglichkeiten der Befriedigung aus dem Vermögen seines Schuldners so zu gestalten, dass er das, was ihm gebührt, auch erhält.

Der Gesetzgeber hat daher, wenn auch vielleicht dogmatisch nicht ganz korrekt, 179) in § 1287 Satz 2 Halbsatz 1 BGB und in § 848 Abs. II Satz 2 ZPO anders entschieden. Aus diesen Bestimmungen kann der Grundsatz entnommen werden, dass ein Pfandrecht an einem Recht, das zum Erwerb einer Sache führt, sich in ein Pfandrecht an dem vom Schuldner erworbenen Gegenstand fortsetzt. Das ist ausdrücklich nur für das Pfandrecht an einem schuldrechtlichen Übereignungsanspruch festgelegt, gilt jedoch um so mehr für das Pfandrecht am Anwartschaftsrecht, für welches sich die Vorstellung anbietet, dass es sich ebenso in die dem Vollrecht adäquate Belastung umwandelt, wie das Anwartschaftsrecht selbst zum Vollrecht wird. Die Bedenken, die der BGH gegen die Anwendung des § 1287 Satz 2 BGB auf das Pfandrecht am Anwartschaftsrecht des Käufers aus aufschiebend bedingter Fahrnisübereignung vorbringt, greifen für das Pfandrecht am Anwartschaftsrecht aus der Auflassung nicht durch. 180) Auf den Besitz der Sache, auf die sich das Pfandrecht am Anwartschaftsrecht nach der Übereignung der Sache an den Schuldner erstrecken soll, kommt es im Liegenschaftsrecht grundsätzlich nicht an. Man wird daher zu der Ansicht gelangen müssen, dass das Pfandrecht am Anwartschaftsrecht sich automatisch mit der Eintragung des Schuldners als Grundstückseigentümer in eine Surrogationssicherungshypothek fortsetzt, deren Eintragung im Grundbuch nur deklaratorische Wirkung hat. 181)

178) Vgl. Wolff-Raiser, § 46 VI 2, Seite 154.

179) Das Pfandrecht am schuldrechtlichen Anspruch auf Übereignung einer Sache kann sich streng genommen nicht in einem Sachpfandrecht fortsetzen, da der dem Rechtspfandrecht unterliegende Anspruch mit der Übereignung der Sache an den Schuldner erlischt, § 362 Abs. I BGB, und damit das Pfandrecht keine Grundlage mehr hat, um sich an der Sache fortzusetzen.

180) BGH NJW 1954, 1328.

181) So auch Hoche NJW 1955, 654; NJW 1955, 931; Horber NJW 1955, 1402.

Den Gläubiger wenigstens in dem Fall, in dem der Eintragungsantrag, sei es vom Veräusserer, sei es vom Erwerber bereits gestellt ist, ausschliesslich auf Zwangsvollstreckungsmassnahmen in das Grundstück zu verweisen, 182) ist ungerechtfertigt, weil bei der jederzeitigen Zurücknahmemöglichkeit unsicher ist, ob die Eintragung auf den Eintragungsantrag hin auch wirklich erfolgt. 183)

3. Das Rangverhältnis von Restkaufgeldhypothek und Surrogationssicherungshypothek.

Sind in Zusammenhang mit der Grundstücksübereignung zugunsten des Veräusserers dingliche Rechte wie Restkaufgeldhypotheken und dgl. bestellt worden, so ergibt sich das Problem des Rangverhältnisses dieser Rechte zu der in Analogie von §§ 1273, 1287 Satz 2 BGB, 2. Halbsatz und § 848 Abs. II Satz 2 ZPO mit der Eintragung des Eigentumsübergangs entstehenden Sicherungshypothek.

Die §§ 17, 45 GBO sollen gewährleisten, dass die Reihenfolge der Eintragung, an die § 879 Abs. I BGB die materielle Rangfolge der dinglichen Rechte knüpft, in Übereinstimmung mit dem Grundsatz "prior tempore, potior iure" sich nach der Zeitfolge des Eingangs der Eintragungsanträge bestimmt. 184) Dagegen sind die §§ 17, 45 GBO auf dingliche Rechte, die ausserhalb des Grundbuchs entstehen, nicht anwendbar; der Rang dieser Rechte richtet sich vielmehr nach der Zeit ihrer Entstehung. 185) Der Antrag auf Eintragung einer Restkaufgeldhypothek führt zu einer rechtsbegründenden Eintragung, der Antrag auf Eintragung der kraft Gesetzes entstandenen Surrogationssicherungshypothek zu einer Grundbuchberichtigung. Einzutragen ist daher die Sicherungshypothek, die mit der Eigentumsumschreibung entsteht, im Rang vor der Restkaufgeldhypothek, die erst nach vollzogener Eigentumsumschreibung durch Eintragung entstehen kann. Erforderlich ist nur, dass der Berichtigungsantrag gestellt ist, da andernfalls die Berichtigung nicht vorgenommen werden dürfte. Unerheblich ist, wann der Berichtigungsantrag eingegangen ist.

Die Eintragungsfolge ist anders, wenn Veräusserer und Ersterwerber bestimmt haben, dass die Eigentumsumschreibung nicht ohne die Eintragung der dem Veräusserer in Zusammenhang mit der Grundstücksübereignung bestellten Rechte erfolgen soll. Eine derartige Bestimmung ist nach § 16 Abs. II GBO zulässig und als

182) KG JFG 2, 448; 4, 342 mit der Begründung, dass der Gläubiger die Eigentumsumschreibung abwarten und dann ohnehin die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreiben könnte.

183) Hoche NJW 1955, 932; Horber NJW 1955, 1402; LG Essen NJW 1955, 1403.

184) Hesse-Saage-Fischer, § 17 GBO I, 1.

185) OLG Düsseldorf, NJW 1954, 1689; KGJ 35 A 300.

stillschweigender Vorbehalt dann anzunehmen, wenn die mehreren Eintragungen in einem engen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, 186) wie das insbesondere bei der Bestellung von Restkaufgeldhypotheken anlässlich der Übereignung eines Grundstücks der Fall ist. Auf Grund der gleichen Überlegung wird allerdings angenommen, 187) dass die Eintragung des Pfändungsschuldners als Eigentümer nicht ohne die Eintragung der Sicherungshypothek für den Pfändungsgläubiger nach § 848 Abs. II Satz 2 ZPO - das gilt auch für die Eintragung einer Sicherungshypothek gem. § 1287 Satz 2 BGB, 2. Halbsatz, wegen der Gleichheit der Interessenlage - erfolgen soll. Zwischen Veräußerer und Pfand- bzw. Pfändungsgläubiger besteht ein Interessengegensatz insofern, als jeder für sein Recht den Vorrang vor dem des anderen beansprucht. Die Entscheidung muß jedoch zugunsten des Veräußerers ausfallen, d. h., die in Zusammenhang mit der Grundstücksübereignung bestellten Rechte gehen der Surrogationssicherungshypothek im Rang vor; das Grundbuchamt muss durch entsprechende Eintragung dieses Rangverhältnis zum Ausdruck bringen, ohne an die §§ 17, 45 GBO gebunden zu sein.

Der Grund für den Vorrang der Restkaufgeldhypothek ist darin zu sehen, dass die Sicherungshypothek des Pfand- bzw. Pfändungsgläubigers nur durch den Eigentumserwerb des Schuldners zur Entstehung gelangen kann. Das Grundstück kann aber der Schuldner nicht anders erwerben als mit der Restkaufgeldhypothek belastet. 188) Dieses Ergebnis entspricht auch der Billigkeit, denn der Gläubiger kann sich nur an das Vermögen seines Schuldners halten und auch nur in dem Zustand, wie dieser es erwirbt. Der Gläubiger darf nicht besser gestellt werden, wenn er das Anwartschaftsrecht hat pfänden oder sich verpfänden lassen, als wenn er erst Vollstreckungsmassnahmen in das vom Schuldner erworbene Grundstück eingeleitet hätte. Die Surrogationssicherungshypothek des Gläubigers geht jedoch anderen, vom Erwerber bestellten Darlehenshypotheken im Rang vor. 189)

In diesem Zusammenhang fällt auf, dass zwar für die Übertragbarkeit des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung es auf das Interesse des Veräußerers an der Voreintragung des Erwerbers ankommt, weil dies die notwendige Voraussetzung für das Entstehen der in Verbindung mit der Grundstücksübereignung dem Veräußerer eingeräumten dinglichen Rechte ist, für die Verpfändung oder Pfändung

186) BayOblG JFG 3, 341.

187) KG JFG 7, 343.

188) KG JFG 4, 346.

Der Erwerb des Grundstücks belastet mit der Restkaufgeldhypothek ist eine Erwerbsmodalität.

189) OLG Düsseldorf, NJW 1954, 1690.

diese Einschränkung jedoch nicht zu gelten hat. Hierin liegt aber nur scheinbar ein Widerspruch zu § 1274 Abs. II BGB und zu § 851 Abs. I ZPO vor, wonach Rechte nur verpfändet oder gepfändet werden können, wenn sie übertragbar sind.

Die These, das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung sei nicht übertragbar, wenn in Zusammenhang mit der Grundstücksübereignung dem Veräußerer dingliche Rechte bestellt wurden, war damit begründet worden, dass der Veräußerer in diesem Fall ein anerkennenswertes Interesse an der Voreintragung des ersten Auflassungsempfängers als notwendige Entstehungsvoraussetzung der besagten dinglichen Rechte hat und sein in der Auflassung erklärtes Einverständnis mit dem Eigentumsübergang daher sich ausschliesslich auf den Erwerb des ersten Auflassungsempfängers beschränkt. Dieser wird aber nur bei der Übertragung, nicht jedoch bei der Belastung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung übergangen, da bei der Verpfändung oder Pfändung der Eigentumserwerb des ersten Auflassungsempfängers selbst wieder Voraussetzung für das Entstehen der Surrogationssicherungshypothek, den Zweck von Verpfändung oder Pfändung, ist. Man wird daher das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung für die Verpfändung und Pfändung auch dann für übertragbar halten müssen, wenn man sonst die Übertragbarkeit ablehnt, weil der Veräußerer nur mit dem Eigentumserwerb durch den ersten Auflassungsempfänger einverstanden ist. 190) § 1274 Abs. II BGB und § 851 Abs. I ZPO stehen der Verpfändung oder Pfändung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung nicht entgegen, auch wenn man die erwähnte Einschränkung hinsichtlich der Übertragbarkeit des Anwartschaftsrechts macht.

Die trotz Bestehens eines Vorbehalts nach § 16 Abs. II GBO vorhandene Möglichkeit, dass die Restkaufgeldhypothek im Range nach der Surrogationssicherungshypothek des Pfand- bzw. Pfändungsgläubigers eingetragen wird, ist kein Grund, die Verpfändung oder Pfändung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung abzulehnen. Es ist zwar zuzugeben, dass bei Ausschluss der Verpfändung oder Pfändung für den Veräußerer nicht die Gefahr bestände, infolge des Vortritts der Surrogationssicherungshypothek hinsichtlich der Restkaufgeldhypothek eine Rangverschlechterung zu erleiden. Die Interessen des Veräußerers sind aber schon hinreichend gewahrt, wenn man in den Fällen, in denen in Zusammenhang mit der Grundstücksübereignung zu seinen Gunsten eine Restkaufgeldhypothek und dgl. bestellt wurde, die Übertragbarkeit des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung ablehnt. Der für die Entstehung der Restkaufgeldhypothek notwendige Erwerb des Grundstücks durch den ersten Auflassungsempfänger wird durch die Verpfändung oder Pfändung des Anwartschaftsrechts nicht verhindert, sondern im Gegenteil gefördert, weil der Eigentumserwerb auch Voraussetzung für das Entstehen der Surrogationssicherungshypothek des Pfand- bzw. Pfändungspfandgläubigers

190) Siehe oben Seite 65 sub 4.

ist, dessen Bestreben daher auch auf die Herbeiführung der Eigentumsumschreibung abzielt. Vor der Gefahr einer Rangverschlechterung mag sich der Veräusserer durch einen Vorbehalt nach § 16 Abs. II GBO schützen; eine Verletzung dieser Vorschrift durch das Grundbuchamt kann einen Amtshaftungsanspruch zugunsten des Veräusserers auslösen. 191)

4. Pfändung und Verpfändung des Anwartschaftsrechts und Auflassungsvormerkung.

Ist zugunsten des Auflassungsempfängers zur Sicherung seines schuldrechtlichen Anspruchs auf Grundstücksübereignung bereits eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen, so wird verschiedentlich auch die Eintragung der Pfändung oder Verpfändung des Anwartschaftsrechts für zulässig gehalten. 192)

Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Das Grundbuch steht, vom Bestandsverzeichnis abgesehen, nur konstitutiven oder deklaratorischen Rechtseintragungen offen. Die Eintragung der Pfändung oder Verpfändung des Anwartschaftsrechts fällt, wie allgemein anerkannt ist, nicht unter die erste Kategorie, da das Anwartschaftsrecht kein eintragungsfähiges dingliches Recht ist, zu dessen Belastung die Eintragung erforderlich wäre. 193) Die Eintragung der Pfändung oder Verpfändung des Anwartschaftsrechts hätte auch nicht deklaratorische Wirkung. Eine solche kommt nur in Frage, wenn ausserhalb des Grundbuchs sich eine Rechtsänderung vollzogen hat, derzufolge das Grundbuch unrichtig bzw. unvollständig geworden ist. Die Pfändung oder Verpfändung des Anwartschaftsrechts lässt die dingliche Rechtslage, wie sie das Grundbuch wiedergibt, unberührt. Im Hinblick auf das Entstehen einer Surrogationssicherungshypothek mit der Eintragung des Schuldners als neuen Eigentümers bereiten diese Massnahmen eine eintragungsfähige dingliche Rechtsänderung erst vor. Die Pfändung und Verpfändung des Anwartschaftsrechts führt nur eine künftige Grundbuchunrichtigkeit herbei, was jedoch nicht genügt, um derzeit schon einen Widerspruch im Grundbuch eintragen zu lassen.

191) Henke-Mönch-Horber, Anm. 5 D b zu § 16 GBO.

192) Für die Eintragung der Verpfändung: Hoche NJW 1955, 654; Hieber DNotZ 1954, 176.

Für die Eintragung der Pfändung: Hoche NJW 1955, 933.

193) Soweit es sich nicht um Briefrechte handelt, gilt dieser Grundsatz ausnahmslos, § 873 Abs. I BGB einerseits und § 830 Abs. I Satz 3 ZPO 1. Halbsatz andererseits. Andere dingliche Rechte als Hypotheken sind meist infolge Unübertragbarkeit nicht belastungsfähig, § 851 Abs. I ZPO und §§ 1059 Satz 1, 1092, 1098 Abs. I Satz 1 i. V. mit 514; 1110, 1111 BGB.

Die Eintragung von Verpfändung und Pfändung bei der Auflassungsvormerkung ist nur statthaft, wenn der durch Vormerkung gesicherte schuldrechtliche Anspruch auf Grundstücksübereignung verpfändet oder gepfändet ist, da in Analogie zu § 401 BGB Belastungen des gesicherten schuldrechtlichen Anspruchs auch die sich aus der Vormerkung ergebende dingliche Gebundenheit erfassen. 194) Die Eintragung im Grundbuch erfolgt in diesem Fall nur berichtigungshalber. 195) Nach erklärter Auflassung kann der schuldrechtliche Übereignungsanspruch nicht mehr als Hauptanspruch verpfändet oder gepfändet werden, 196) sondern allenfalls nur zusätzlich zum Anwartschaftsrecht aus der Auflassung.

Ein solches Vorgehen des Gläubigers ist auch dann berechtigt, wenn eine anderweitige Verfügung des Veräußerers über das Grundstück infolge der Eintragung der Vormerkung den Erwerb des Grundstückseigentums durch den Schuldner und damit das Entstehen der Surrogationshypothek für den Gläubiger weder verhindern noch beeinträchtigen kann. Es besteht nämlich weiterhin die Möglichkeit, dass Veräußerer und Erwerber in beiderseitigem Einverständnis das der Grundstücksübereignung zugrunde liegende Schuldverhältnis aufheben, was ohne die Zustimmung des Gläubigers dann nicht mehr rechtswirksam geschehen kann, wenn er die aus dem Schuldverhältnis erwachsenden Ansprüche des Grundstückskäufers hat pfänden oder sich hat verpfänden lassen, § 1276 Abs. 1 Satz 1 BGB, § 829 Abs. 1 Satz 2 ZPO. Darüber hinaus kann der Gläubiger in die Lage kommen, gegen einen in der Zwischenzeit im Grundbuch eingetragenen Dritten den Anspruch aus § 888 Abs. 1 BGB geltend machen zu müssen; dies kann er nur, wenn er auf den durch die Vormerkung gesicherten schuldrechtlichen Anspruch zurückgreift, da ihm ein solches Vorgehen infolge der akzessorischen Natur der Vormerkung auch die sich aus ihr ergebenden Rechte verschaffen kann.

Ist der schuldrechtliche Übereignungsanspruch des Grundstückskäufers nicht durch eine Vormerkung gesichert, dann ist ein berechtigtes Interesse an der Eintragung einer solchen für den Gläubiger zu bejahen, der das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung gepfändet hat oder sich hat verpfänden lassen. Dies folgt daraus, dass es zweifelhaft ist, ob der Veräußerer nach der Pfändung oder Verpfändung des Anwartschaftsrechts nicht mehr anderweitig über das Grundstück verfügen kann. 197)

194) Für den Fall der Verpfändung: KG JFG 8, 320; für die Pfändung: KG JW 1937, 249.

195) LG Hagen, NJW 1955, 1799.

196) Marcuse, JW 1923, 41; Hoche, NJW 1955, 933.

197) Für die Verpfändung ist die Anwendbarkeit des § 1276 BGB zweifelhaft; bei der Pfändung ist streitig, ob der Veräußerer Drittschuldner ist.

Es kommt hinzu, dass ein Gläubiger des Veräußerers in der Zeit zwischen Auflassung und Eintragung des Schuldners (Erwerbers) die Eintragung einer Sicherungshypothek an dem Grundstück veranlassen kann, ohne dass der Erwerber nach § 771 ZPO intervenieren könnte. 198)

Der Weg, den der Pfandgläubiger einschlagen muss, um die Eintragung einer Vormerkung erwirken zu können, ist nicht frei von Schwierigkeiten.

Zunächst scheidet das Pfandrecht am Anwartschaftsrecht als durch Vormerkung sicherungsfähiges Recht aus. Hierfür kommt nach § 883 Abs. I Satz 1 BGB nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf Einräumung eines Rechts an einem Grundstück (die anderen Fälle des § 883 Abs. I Satz 1 BGB interessieren in diesem Zusammenhang nicht) in Betracht. Wenn aber schon das Anwartschaftsrecht keinen Anspruch auf Grundstücksübereignung erzeugt, dann erst recht nicht das Pfandrecht an diesem Recht, das dessen Rechtsnatur teilt.

Um Erfolg zu haben, muss der Gläubiger die noch nach der Auflassung dem Schuldner aus dem der Grundstücksübereignung zugrunde liegenden Schuldverhältnis zustehenden Nebenansprüche pfänden oder sich mitverpfänden lassen. Er erwirbt damit ein Pfandrecht an diesen Nebenansprüchen, das jedoch nicht durch Vormerkung gesichert werden kann; das Pfandrecht an diesen Nebenansprüchen gibt keinen sicherungsfähigen Anspruch i. S. des § 883 Abs. I Satz 1 BGB. 199) Es ist vielmehr davon auszugehen, dass auch nach erklärter Auflassung noch eine Vormerkung zum Schutz des Käufers gegen anderweitige Verfügungen des Veräußerers eingetragen werden kann. 200) Die Frage ist nur, ob der Grundstückskäufer schon allein deshalb die Bewilligung einer Vormerkung vom Veräußerer (§ 885 Abs. I Satz 1 BGB-2. Alternative) oder die Eintragung einer Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung erlangen kann, weil er einen an sich

198) RGZ 81, 68, hauptsächlich mit der Begründung, dass, wenn gegenüber dem Erwerber eine vom Veräußerer in der Zeit zwischen Auflassung und Eintragung rechtsgeschäftlich bestellte Hypothek wirksam ist, dies auch für eine zwangsweise Belastung des Grundstücks in der Zwischenzeit gilt.

199) Fraeb ZJP 59, 393. Missverständlich ist allerdings, wenn ausgeführt wird, dass die Vormerkung zur Sicherung des vom Gläubiger gepfändeten Anspruchs seines Schuldners gegen den Drittschuldner auf Auflassung gegenstandslos und löschungsreif sei (Seite 395). Der Auflassungsanspruch ist jedenfalls ein sicherungsfähiger Anspruch nach § 883 Abs. I Satz 1 BGB. Es fragt sich nur, ob der Gläubiger, der diesen Anspruch gepfändet hat, durch einstweilige Verfügung eine Vormerkung zur Sicherung des gepfändeten Anspruchs erwirken kann.

200) S. oben Anm. 98

nach § 883 Abs. 1 Satz 1 BGB sicherungsfähigen Anspruch hat und ob auch der den sicherungsfähigen Anspruch pfändende Gläubiger ²⁰¹⁾ die Eintragung einer Vormerkung erwirken kann.

Was die erste Frage betrifft, so wird mehr und mehr die Ansicht vertreten, dass ein Anspruch auf Bewilligung einer Vormerkung erst auf Grund einer besonderen Sicherungsabrede entsteht, ²⁰²⁾ nicht aber bereits aus dem bestehenden vormerkbaren Anspruch erwachse.

Dem wird man nicht folgen können. Die Vormerkung ist ein nur für das Liegenschaftsrecht eingeführtes Rechtsinstitut, das schon einem schuldrechtlichen Anspruch auf Einräumung eines Rechts an einem Grundstück Sicherung gegen anderweitige Verfügungen über das Grundstück zuteil werden lässt. Man sollte, um dieses Institut für das Rechtsleben brauchbar zu erhalten, keine zusätzlichen Schwierigkeiten für seine Anwendung konstruieren. Schon aus dem Schuldverhältnis, in dem der vormerkbare Anspruch seine Grundlage hat, wird eine Verpflichtung des Veräußerers zur Bewilligung einer Vormerkung herzuleiten sein. Ist der Veräußerer schon verpflichtet, den Käufer zum Eigentümer des Grundstücks zu machen, dann muss er ihm erst recht wenigstens die vom Gesetz in Form der Vormerkung gebotene dingliche Sicherung gewähren, dass der geschuldete Erfolg auch eintreten kann. Beeinträchtigungen sind nicht nur von vertragswidrigen anderweitigen Verfügungen des Veräußerers über das Grundstück, sondern auch aus Vollstreckungsmassnahmen von Gläubigern des Veräußerers zu befürchten, mag sich dieser auch selbst vertragstreu verhalten. ²⁰³⁾ Die Gegenmeinung führt geradezu zu falschen Ergebnissen, wenn auch für die Zulässigkeit einer Vormerkung im Wege einer einstweiligen Verfügung gem. §§ 935, 940 ZPO das Vorliegen eines Anspruchs auf Bewilligung der Vormerkung vorausgesetzt wird. ²⁰⁴⁾ Die einstweilige Verfügung hat den Zweck, den schuldrechtlichen Übereignungsanspruch zu sichern; hierzu ist die Eintragung einer Vormerkung das geeignete Mittel. ²⁰⁵⁾ Hinsichtlich des Anspruchs auf Bewilligung einer Vormerkung kraft besonderer Sicherungsabrede wäre die Eintragung einer Vormerkung auf Grund einstweiliger Verfügung sogar Erfüllung; diese zu gewähren ist aber gerade nicht der Zweck einer einstweiligen Verfügung.

201) Das gleiche Problem tritt bei der Verpfändung des Anwartschaftsrechts auf.

202) Heck, § 47 III, Seite 199. Westermann, § 84 II 2, Seite 392; Dempewolf NJW 1957, 1259.

203) Wie hier Wolff-Raiser, § 48 II, Seite 158; Friese DNotZ 55, 243; Hieber DNotZ 54, 69; Staudinger-Seufert 11. Aufl. 1956, Anm. 4 zu § 885 BGB.

204) Dempewolf a.a.O.

205) Baumbach-Lauterbach Anm. 1 B zu § 935 ZPO.

Der Auflassungsempfänger ist daher berechtigt, auch nach der Auflassung die Bewilligung einer Vormerkung vom Veräußerer zu verlangen oder eine Vormerkungseintragung im Wege einer einstweiligen Verfügung zu erwirken, ohne dass es einer besonderen Sicherungsabrede bedarf. Der Gläubiger muss, um seinerseits die Eintragung einer Vormerkung erwirken zu können, jedenfalls die Nebenansprüche des Schuldners aus dem Grundgeschäft pfänden oder sich verpfänden lassen. Der weiter einzuschlagende Weg ist verschieden je nach der Art des Pfandrechts und daher dort darzustellen.

5. Das Antragsrecht des Gläubigers gegenüber dem Grundbuchamt.

Auf Grund der Verpfändung oder Pfändung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung hätte der Gläubiger jedenfalls das Recht, die Eigentumsumschreibung zugunsten des Schuldners beim Grundbuchamt zu beantragen, wenn ein solches Antragsrecht nach § 13 Abs. II GBO Ausfluss des Anwartschaftsrechts wäre. Das ist aber nicht der Fall. Das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung ist ein materielles Recht gegenüber dem Veräußerer auf Herbeiführung des Eigentumserwerbs. Unabhängig hiervon ist aber die Antragsberechtigung nach § 13 Abs. II GBO schon gegeben, wenn der Antragsteller eine Eintragung begehrt, die, falls dem Antrag stattgegeben würde, ihn unmittelbar begünstigt. 206) Das dem Schuldner nach diesen Grundsätzen zustehende Recht nach § 13 Abs. II GBO, seine Eintragung als neuer Eigentümer zu beantragen, kann jedoch der Gläubiger weder pfänden noch sich verpfänden lassen. 207)

Ein Gläubiger, der das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung gepfändet hat oder sich hat verpfänden lassen, ist jedoch aus einem anderen Gesichtspunkt heraus gem. § 13 Abs. II GBO berechtigt, die Eintragung des Schuldners im Grundbuch als neuer Eigentümer zu beantragen. Die Eintragung des Schuldners erfolgt auch unmittelbar zugunsten des Pfand- bzw. Pfändungspfandgläubigers, weil mit der Eigentumsumschreibung kraft Gesetzes die Surrogationssicherungshypothek entsteht, der Eigentumsumschreibung hier also eine doppelte Rechtswirkung zukommt.

Soweit der Pfand- bzw. Pfändungsgläubiger nach der Eintragung des Schuldners als Eigentümer berichtigungshalber die Eintragung der zu seinen Gunsten kraft Gesetzes entstandenen Surrogationssicherungshypothek beantragt, ergibt sich die Antragsberechtigung ohne weiteres aus § 13 Abs. II GBO. Der Gläubiger tut gut, mit dem Antrag auf Eigentumsumschreibung den Antrag auf Eintragung der Sicherungshypothek im Wege der Grundbuchberichtigung zu verbinden.

206) Siehe oben Seite 26 f.

207) Siehe oben Seite 30, insbesondere Anm. 42.

II. DIE VERPFÄNDUNG DES ANWARTSCHAFTSRECHTS.

1. Art und Weise der Vornahme der Verpfändung.

Das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung hat keinen Anspruch auf Grundstücks-übereignung zum Inhalt, sondern es steht, was die rechtliche Behandlung betrifft, 208) dem Eigentum gleich, zu dem es mit Eintritt der letzten Entstehungsvoraussetzung, der Eintragung, erstarkt. Zur Verpfändung des "werdenden Eigentums" ist daher, wie auch für die Übertragung, die Einigung über das Entstehen eines Pfandrechts vor der nach § 925 Abs. I BGB zur Erklärung der Auflassung zuständigen Stelle notwendig, § 1274 Abs. I Satz 1 BGB. 209) Die Eintragung der Verpfändung im Grundbuch als Wirksamkeitsvoraussetzung der Verpfändung entfällt, da das Anwartschaftsrecht selbst nicht eingetragen werden kann. Eine solche Eintragung kann auch nicht im Wege der Grundbuchberichtigung erfolgen, weil die Verpfändung des Anwartschaftsrechts die dingliche Rechtslage am Grundstück nicht berührt, also keine Grundbuchunrichtigkeit eintritt. In entsprechender Anwendung des § 1280 BGB eine Verpfändungsanzeige an den Veräußerer zur Rechtswirksamkeit der Verpfändung des Anwartschaftsrechts zu verlangen, könnte deshalb gerechtfertigt sein, weil andernfalls der wenn auch vor einer Behörde vorzunehmenden Verpfändung die sachenrechtliche Verlautbarung fehlen würde, die das Gesetz insbesondere bei der Pfandrechtsbestellung streng durchführt (arg. §§ 1205, 1206, 1274 Abs. I Satz 2 BGB). Gleichwohl ist eine Verpfändungsanzeige nach § 1280 BGB nicht erforderlich. 210) Bei der Verpfändung von Forderungen, die durch bloße Einigung übertragen werden, ist eine Anzeige an den Schuldner deshalb als Verlautbarungstatbestand genügend, da er noch "Beteiligter" ist, d. h. durch die Verpfändung des gegen ihn gerichteten Anspruchs mittelbar betroffen wird, nachdem er grundsätzlich an seinen Gläubiger allein nicht mehr befreiend leisten kann. Die Verpfändung des Anwartschaftsrechts berührt den Veräußerer nicht, da er nichts mehr zu leisten hat, die schuldrechtlichen Nebenansprüche aus dem Grundgeschäft (Grundstückskaufvertrag) von der Verpfändung des Anwartschaftsrechts aber nicht automatisch erfasst werden. 211) Diese können jedoch mitverpfändet werden, was bei der Verpfändung des Anwartschaftsrechts vielfach stillschweigend geschieht. Soweit diese Nebenansprüche verpfändet werden, ist nach § 1280 BGB die Anzeige der Verpfändung durch den Erwerber (Auflassungsempfänger) an den Veräußerer zur Wirksamkeit notwendig.

208) Westermann, § 5 III, 3 d, Seite 32.

209) Hoche, NJW 1955, 653; Westermann, § 137 II, 1, Seite 650. A. A. Hieber DNotZ 1955, 186, der schon für die Übertragung des Anwartschaftsrechts die Anwendbarkeit des § 925 BGB verneint und bloße Einigung genügen lässt; ebenso neuerdings auch in DNotZ 1959, 351 f.

210) Hoche, NJW 1955, 654; Hieber, DNotZ 1954, 172; Wolff-Raiser, § 61 II Anm. 23, Seite 215.

211) Auch bei der Übertragung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung gehen

2. Das Rechtsverhältnis zwischen Pfandgläubiger und Erwerber.

Mit der Verpfändung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung erlangt der Pfandgläubiger das Recht, den Eigentumserwerb des Auflassungsempfängers durch Eigentumsumschreibung und damit das Entstehen einer Surrogationssicherungshypothek zu seinen Gunsten herbeizuführen. Das Pfandrecht am Anwartschaftsrecht verleiht materiell-rechtlich dem Pfandgläubiger gegenüber dem Auflassungsempfänger (Schuldner) die Befugnis, allein den Eigentumserwerb des letzteren einzuleiten. Dies lässt sich darauf stützen, dass ein Gläubiger, der sich den schuldrechtlichen Übereignungsanspruch des Grundstückskäufers vor erklärter Auflassung hat verpfänden lassen, nach der Pfandreife die Übereignung des Grundstücks an den Käufer, ²¹²⁾ gesetzlich vertreten durch ihn, den Pfandgläubiger, verlangen kann. ²¹³⁾ Der Grundsatz, dass die Rechtsstellung des Pfandgläubigers verschieden stark ist, je nachdem, ob die Pfandreife eingetreten ist oder nicht, kann bei der Verpfändung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung keine Geltung beanspruchen.

Ist der schuldrechtliche Übereignungsanspruch aus §§ 433 Abs. I Satz 1, 313 BGB verpfändet, so kann vor der Pfandreife der Käufer Leistung an sich und an den Pfandgläubiger gemeinschaftlich verlangen, § 1281 Satz 2 BGB, 1. Halbsatz; d.h., da nur der Käufer Eigentümer werden soll, kann dieser die Übereignung an sich mit Zustimmung des Pfandgläubigers fordern. Dem Käufer wird also noch neben dem Pfandgläubiger die Ausübung seiner Rechte belassen; ihm soll seine Willensmacht solange zusammen mit dem Pfandgläubiger zustehen, bis die Verkaufsberechtigung eingetreten ist. Eine solche Willensmacht hat der Inhaber des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung nicht, weil sie sich schon aus der besonderen Struktur des Anwartschaftsrechts nicht ergibt. Sein Recht ist dadurch gekennzeichnet, dass er dem Veräußerer gegenüber durch Ingangsetzung eines amtlichen Verfahrens mit dem Zweck der Herbeiführung der Eintragung das Eigentum erwerben darf. Während - bei Verpfändung des schuldrechtlichen Übereignungsanspruchs vor der Auflassung - der Käufer ein aner kennenswertes

Fortsetzung der Fussnote 211, Seite 93:

nicht automatisch die Nebenansprüche aus dem der Grundstücksübereignung zugrunde liegenden Rechtsgeschäft auf den Erwerber des Anwartschaftsrechts über, vgl. oben Seite 42 f.

212) Die Mitwirkung eines Sequesters ist im Gegensatz zum Pfändungspfandrecht (§ 848 ZPO) bei der Verpfändung des schuldrechtlichen Übereignungsanspruchs nicht vorgesehen.

213) Hoche, NJW 1955, 162; Westermann, § 137 III 1 a, Seite 653. A.A. Hieber, DNotZ 54, 171.

Interesse haben kann, selbst, wenn auch nur zusammen mit dem Pfandgläubiger, noch seine Rechte gegenüber dem Schuldner (Grundstücksverkäufer) geltend zu machen, ist es für den Auflassungsempfänger gleichgültig, wer den Eigentumserwerb herbeiführt. Ihm kommt es vielmehr darauf an, dass überhaupt die Eintragung veranlasst wird, damit anderweitige Verfügungen des Veräusserers über das Grundstück den Erwerb nicht mehr beeinträchtigen oder vereiteln können (vgl. § 17 GBO). Eine dem § 1281 BGB entsprechende Regelung für die Verpfändung des Anwartschaftsrechts auf der Auflassung wäre nur in der Weise möglich, dass der Pfandgläubiger vor der Pfandreife von seinem Antragsrecht nach § 13 Abs. II GBO dem Auflassungsempfänger gegenüber ausschliesslich mit dessen Zustimmung Gebrauch machen darf. Das wäre jedoch Formalismus, der durch nichts gerechtfertigt ist. Stellt der Pfandgläubiger ohne Zustimmung des Auflassungsempfängers den Eintragungsantrag, so wird gleichwohl die Eigentumsumschreibung vom Grundbuchamt vorgenommen. Die Schadensersatzpflicht des Pfandgläubigers hieraus bliebe Theorie, da dem Auflassungsempfänger ohnehin nur zu seinem Vorteil das Eigentum am Grundstück verschafft wird und das Entstehen der Surrogationssicherungshypothek, die dem Pfandgläubiger nur eine Sicherung, nicht Befriedigung gewährt, schon aus der Verpfändung des Anwartschaftsrechts folgt. Die Rechtssituation bei der Verpfändung des Übereignungsanspruchs vor der Auflassung ist schon deshalb anders, weil vor der Pfandreife überhaupt nur durch Leistung an Käufer und Pfandgläubiger gemeinschaftlich erfüllt werden kann, § 1281 Satz 1 BGB, andernfalls der Schuldner (Verkäufer) von seiner Leistungspflicht nicht befreit wird. Der Gläubiger, der sich das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung hat verpfänden lassen, kann daher ohne Rücksicht auf den Eintritt der Pfandreife die Eigentumsumschreibung herbeiführen. 214)

Neben dem Pfandgläubiger bleiben weiterhin der Veräusserer und der Erwerber zur Stellung des Eintragungsantrags befugt. 215) Es besteht allerdings für den Pfandgläubiger die Gefahr, dass er von der erfolgten Eintragung nicht rechtzeitig Kenntnis erlangt, um seinerseits den Antrag auf Grundbuchberichtigung hinsichtlich der Verlautbarung der kraft Gesetzes mit der Eigentumsumschreibung entstandenen Surrogationssicherungshypothek stellen zu können. § 1276 BGB bietet keine geeignete Handhabe dafür, dass Veräusserer und Erwerber nur mit Zustimmung des Pfandgläubigers den Eintragungsantrag stellen können. 216) Die Eintragung des Erwerbers als Eigentümer bringt gleichzeitig die Entstehung der Surrogationssicherungshypothek mit sich. Eben das will der Pfandgläubiger erreichen, wenn er sich das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung verpfänden lässt. Von einer Benachteiligung kann keine Rede sein, da der Pfandgläubiger unabhängig vom Veräusserer und Er-

214) So im Ergebnis auch Hoche, NJW 1955, 654.

215) Hieber, DNotZ 1954, 177.

216) A.A. Hoche, NJW 1955, 654.

werber in der Lage ist, die Eintragung des letzteren und im Wege der Berichtigung die Eintragung der Sicherungshypothek herbeizuführen.

3. Die Übertragung des Anwartschaftsrechts nach der Verpfändung.

Der Auflassungsempfänger kann auch nach der Verpfändung das Anwartschaftsrecht an einen Dritten übertragen. Dieser erwirbt das Anwartschaftsrecht mit dem Pfandrecht belastet. ²¹⁷⁾ Ein gutgläubiger Erwerb der Lastenfreiheit ist nicht möglich, da mangels Offenkundigkeit des Anwartschaftsrechts der den Gutgläubensschutz rechtfertigende Rechtsschein fehlt. Wird der Dritte - ohne Voreintragung des Ersterwerbers - als neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen, so entsteht im gleichen Augenblick eine Surrogationssicherungshypothek zugunsten des Pfandgläubigers an dem nunmehr dem Dritten gehörigen Grundstück. Das Pfandrecht am Anwartschaftsrecht setzt sich als Sicherungshypothek am Grundstück desjenigen fort, in dessen Person das Anwartschaftsrecht zum Vollrecht Eigentum mit Eintritt der letzten Entstehungsvoraussetzung erstarkt. Die sich hieraus ergebende Folge, ein Auseinanderfallen von dinglich Haftendem und dem persönlichen Schuldner, ist der BGB-Systematik nicht fremd, wenn auch das Gesetz gelegentlich Hilfen für die Vermeidung dieser Erscheinung vorsieht. ²¹⁸⁾

Aus dem der Verpfändung des Anwartschaftsrechts zugrunde liegenden Schuldverhältnis ist der Auflassungsempfänger dem Pfandgläubiger gegenüber verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass die Surrogationssicherungshypothek mit dem nach Sachlage besten Rang entstehen kann. Wenn der Auflassungsempfänger auch nach der Verpfändung des Anwartschaftsrechts nicht gehindert ist, dieses an einen Dritten zu übertragen, so muss er doch wenigstens dem Pfandgläubiger mitteilen, dass und wem er das Anwartschaftsrecht übertragen habe. Unterlässt der Auflassungsempfänger diese Mitteilung und verliert der Pfandgläubiger bei Veräußerung des Grundstücks durch den nunmehr Eigentümer gewordenen Inhaber des Anwartschaftsrechts an einen bezüglich der Belastung ²¹⁹⁾ gutgläubigen Dritten die Sicherungshypothek oder tritt Rangverschlechterung ein, so ist der Verpfänder (Auflassungsempfänger) dem Pfandgläubiger zum Schadensersatz aus positiver Forderungsverletzung (analog §§ 280, 286 BGB) verpflichtet. Weiss der Pfandgläubiger dagegen von der Abtretung, kann er unter Vorlage der Verpfändungs-urkunde beim Grundbuchamt den Antrag stellen, die Eigentumsumschreibung auf

217) Westermann, § 136 II 2 b, Seite 648.

218) § 416 BGB.

219) Nicht das Pfandrecht am Anwartschaftsrecht, sondern die mit der Eintragung des Inhabers des Anwartschaftsrechts als neuer Eigentümer entstandene Sicherungshypothek.

den Erwerber des Anwartschaftsrechts und die Eintragung der Surrogationssicherungshypothek vorzunehmen. Ist der Dritte als Eigentümer gebucht, ohne dass die Sicherungshypothek vermerkt ist, liegt eine Grundbuchunrichtigkeit vor. Der Pfandgläubiger ist aber nicht gezwungen, gegen den Eigentümer den Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 894 BGB geltend zu machen, wenn er die Verpfändungsurkunde vorlegt, §§ 22, 29 GBO. Dann ergibt sich aus ihr in Verbindung mit der anlässlich der Eintragung des Erwerbers des Anwartschaftsrechts als Eigentümer zu den Grundakten genommenen notariellen Abtretungsurkunde, dass das Grundbuch unrichtig ist, weil die Sicherungshypothek, in der sich das Pfandrecht am Anwartschaftsrecht fortsetzt, nicht eingetragen ist. Einer Berichtigungsbevollmachtigung des Eigentümers bedarf es daher nicht.

4. Die Rechtsstellung des Pfandgläubigers gegenüber dem Veräußerer.

Solange der Antrag auf Eintragung des Ersterwerbers als neuer Eigentümer beim Grundbuchamt nicht eingegangen ist und als Folge hiervon § 17 GBO die Erledigung später eingegangener Anträge verbietet, läuft der Pfandgläubiger Gefahr, dass der Veräußerer anderweitig über das Grundstück durch Auflassung und Eintragung verfügt. Gegen eine solche Verfügung, die den Untergang des Anwartschaftsrechts und der an ihm haftenden Belastungen nach sich zieht, ist der Pfandgläubiger nicht geschützt. § 1276 BGB knüpft nur die Wirksamkeit einer rechtsgeschäftlichen Aufhebung des verpfändeten Rechts an die Zustimmung des Pfandgläubigers. Die zwischenzeitliche anderweitige Verfügung über das Grundstück, mag sie auch den Untergang von Anwartschaftsrecht und Pfandrecht zur Folge haben, ist keine Verfügung über das verpfändete Recht.

§ 823 Abs. I BGB gewährt dem Pfandgläubiger ebenfalls keinen Schutz vor Beeinträchtigung des Pfandrechts durch anderweitige Grundstücksveräußerung. Überwiegend wird heute die Auffassung vertreten, dass das Pfandrecht an einem Recht den gleichen Inhalt wie das verpfändete Recht selbst hat.²²⁰⁾ Wie der Inhaber des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung den Untergang seines Rechts durch anderweitige Grundstücksveräußerung zu gewärtigen hat, so ist auch derjenige schutzlos, der sich dieses Recht hat verpfänden lassen. Die Verpfändung kann dem Pfandgläubiger gegenüber dem Veräußerer nicht mehr Rechte verschaffen, wie sie der Inhaber des verpfändeten Rechts hat.

Will der Pfandgläubiger die Eintragung einer Vormerkung erreichen, muss er sich die Nebenansprüche des Auflassungsempfängers aus dem kausalen Schuldverhältnis zwischen Veräußerer und Auflassungsempfänger mit verpfänden lassen.

²²⁰⁾ Westermann, § 136 I 2, Seite 646; Wolff-Raiser, § 175 I, Seite 718; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil Halbbd. I § 77 I 5, Seite 452.

Auf Grund seines Pfandrechts an diesen Ansprüchen kann er vom Veräußerer die Bewilligung einer Vormerkung verlangen oder ihre Eintragung durch eine einstweilige Verfügung erwirken, wie dies auch noch nach der Auflassung der Erwerber tun kann. Dafür, dass der Pfandgläubiger Rechte seines Schuldners geltend machen kann, nur um das Entstehen der Sicherungshypothek zu sichern, wird man bei der lückenhaften Regelung des Pfandrechts an Rechten den § 1283 BGB als Handhabe benützen dürfen, aus dem sich entnehmen lässt, dass Gläubigerrechte auch vom Pfandgläubiger ausgeübt werden können, wenn sie nur mittelbar den mit der Verpfändung für den Pfandgläubiger bezweckten Erfolg herbeiführen oder ihn wenigstens vorbereiten.

5. Die Rechtslage bei mehrfacher Verpfändung des Anwartschaftsrechts.

Da § 1287 Satz 2 BGB 2. Halbsatz in entsprechender Anwendung auf das Pfandrecht am Anwartschaftsrecht aus der Auflassung die dingliche Ersetzung dieses Rechts durch eine Sicherungshypothek am Grundstück vorsieht, stehen mehrere auf diese Art begründeten Sicherungshypotheken untereinander in demselben Rangverhältnis, wie vor der Eintragung des Erwerbers die Pfandrechte am Anwartschaftsrecht. Die Sicherungshypothek, in der sich das zeitlich früher entstandene Pfandrecht am Anwartschaftsrecht fortsetzt, geht der Hypothek im Range vor, die das später entstandene Pfandrecht am Anwartschaftsrecht ersetzt.

Es wird die Auffassung vertreten, dass gem. § 1290 BGB nur der bestberechtigte Pfandgläubiger den Eintragungsantrag auf den Namen des Auflassungsempfängers stellen kann.²²¹⁾ Indessen ist fraglich, ob § 1290 BGB überhaupt hier anwendbar ist, da von der **Einziehung** einer Forderung die Rede ist und das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung keine Forderung, sondern ein Erwerbsrecht ist, das durch die Herbeiführung der Eintragung realisiert wird. Die formellrechtliche Antragsberechtigung nach § 13 Abs. II GBO kann zudem von der Verpfändung des Anwartschaftsrechts nicht berührt werden. Man wird jedoch ebenfalls zu dem Ergebnis gelangen müssen, dass der nachrangige Pfandgläubiger kein selbständiges Antragsrecht hat, da er nicht unmittelbar von der Eintragung des Erwerbers begünstigt wird. Sein Pfandrecht am Anwartschaftsrecht setzt sich in einer Sicherungshypothek am Grundstück fort, der die des bestberechtigten Pfandgläubigers im Rang vorgeht. Unmittelbar mit der Eintragung des Erwerbers entsteht daher nur die Sicherungshypothek des bestberechtigten Pfandgläubigers, der deshalb durch die Eintragung des Erwerbers unmittelbar begünstigt wird. Die Sicherungshypotheken der nachrangigen Pfandgläubiger entstehen erst, wenn die des bestberechtigten entstanden ist. Von der Eintragung des Erwerbers sind sie nur mittelbar betroffen (be-

²²¹⁾ Hesse-Saage-Fischer § 13 GBO II 1 b.

günstigt), was jedoch für ein Antragsrecht nach § 13 Abs. II GBO nicht ausreicht. Ist aber der Erwerber eingetragen, dann entstehen die Sicherungshypotheken in derselben Rangfolge wie die Pfandrechte am Anwartschaftsrecht, so dass nunmehr die nachrangigen Pfandgläubiger berichtigungshalber die Eintragung ihrer Sicherungshypotheken beantragen können.

Da alle diese Hypotheken kraft Gesetzes entstehen, gibt es keinen gutgläubigen Erwerb des Vorranges. Wird jedoch die Eintragung einzelner Surrogationshypotheken im Wege der Berichtigung unterlassen und erwirbt ein Dritter durch ein Rechtsgeschäft eine Hypothek, so kann sich durch § 892 Abs. I Satz 1 BGB ergeben, dass er nur die eingetragenen Sicherungshypotheken sich im Range vorgehen lassen muss, diese aber ihrerseits hinter einer nicht eingetragenen Sicherungshypothek zurückstehen (relativer Rang). ²²²⁾

III. DIE PFÄNDUNG DES ANWARTSCHAFTSRECHTS.

1. Art und Weise der Durchführung der Pfändung.

Die Pfändung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung ist in der ZPO nicht speziell geregelt; § 848 ZPO geht vom Rechtszustand vor der Auflassung aus. Das Anwartschaftsrecht ist auch nicht Gegenstand der Immobiliarzwangsvollstreckung. Demnach ist für die Pfändung die allgemeine Vorschrift des § 857 ZPO anzuwenden, wonach die Bestimmungen der §§ 829 ff. ZPO entsprechend heranzuziehen sind. ²²³⁾

Die Auffassung, die für die Pfändung des schuldrechtlichen Übereignungsanspruchs keine Unterscheidung danach trifft, ob die Auflassung schon erfolgt ist und daher immer § 848 ZPO anwendet, ²²⁴⁾ trägt dem Umstand nicht genügend Rechnung, dass nach der Auflassung der Übereignungsanspruch keine Grundlage für ein Pfandrecht mit dem Ziel einer selbständigen Verwertung sein kann. Der Hinweis darauf, dass § 848 ZPO ein besonderes Verfahren gegenüber § 857 ZPO vorschreibe, ²²⁵⁾ greift nicht durch, da § 848 ZPO für die Pfändung des Übereignungsanspruchs nach der Auflassung überhaupt nicht gedacht ist.

222) Wolff-Raiser, § 41 IV 2, Seite 133.

223) KG JFG 3, 339 und 14, 131; BayObLG JFG 9, 233; Schönke-Baur § 30 II 1 Seite 124; Stein-Jonas-Schönke-Pohle Anm. 8 zu § 848 ZPO.

224) KG JFG 3, 297, 300; Wieczorek § 848 ZPO B II b 2; Rosenberg § 194, 3 Seite 985.

225) Wieczorek a.a.O.

Ein Nebeneinander von Pfändung des Anwartschaftsrechts und Pfändung der Nebenansprüche ist nur in dem Sinne möglich, dass letztere nur der Sicherung des Eigentumserwerbs des Schuldners und damit der Entstehung der Sicherungshypothek dient, die sich als Surrogat ausschliesslich für das Pfandrecht am Anwartschaftsrecht nach der Eigentumsumschreibung am Grundstück fortsetzt. 226)

Wann die Pfändung als bewirkt anzusehen ist, beantwortet sich darnach, ob die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Auflassungsempfänger gem. § 857 Abs. II ZPO genügt, oder ob der Veräusserer "Drittschuldner" ist und daher zur Wirksamkeit der Pfändung die Zustellung an ihn erfolgen muss, §§ 857 Abs. I, 829 Abs. III ZPO. Überwiegend wird die Auffassung vertreten, dass bei der Pfändung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung kein Drittschuldner vorhanden sei und die Pfändung mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Auflassungsempfänger wirksam werde. 227)

Dagegen wendet sich HOCHÉ. 228) Er geht davon aus, dass bei der Zwangsvollstreckung in sonstige Vermögensrechte (§ 857 ZPO) "Drittschuldner" jeder Dritte sei, dessen Recht durch die Pfändung berührt werde. Dies treffe bei der Pfändung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung für den Veräusserer zu, weil die Möglichkeit, dass das Anwartschaftsrecht zum Eigentum erstarken könne, schon jetzt eine Schwäche des Eigentums des Veräusserers bedeute. Diese innere Verbundenheit zwischen noch bestehendem Eigentum des Veräusserers und dem Anwartschaftsrecht lasse das Eigentum des Veräusserers durch die Pfändung des Anwartschaftsrechts berührt erscheinen.

Gleichwohl wird man der h. M. folgen und zu der Ansicht gelangen müssen, dass der Veräusserer im Falle der Pfändung des Anwartschaftsrechts nicht die Stellung eines "Drittschuldners" einnimmt.

Die innere Verbundenheit zwischen dem Eigentum des Veräusserers und dem Anwartschaftsrecht, die in der Möglichkeit des Vollrechtserwerbs einerseits und der parallel laufenden Schwäche des Eigentums des Veräusserers andererseits besteht, ist beim Anwartschaftsrecht aus der Auflassung nicht stark genug, um die Annahme zu rechtfertigen, dass bei der Pfändung des Anwartschaftsrechts der Ver-

226) KG JFG 4, 339 lässt die Pfändung des Anwartschaftsrechts und daneben offenbar wahlweise auch die Pfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs zu. Beide Vollstreckungswege weisen den Unterschied auf, dass bei Pfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs das Verfahren nach § 848 ZPO einzuhalten ist, wobei aber die Surrogationshypothek entsteht, während sonst der Gläubiger auf § 866 ZPO zu verweisen ist.

227) KG JFG 4, 339 und 14, 131; BayObLG JFG 9, 233.

228) Hoche NJW 1955, 933, unter Heranziehung von BGH NJW 1954, 1326.

äusserer "Drittschuldner" sei. Der BGH hat allerdings bei der Pfändung des Anwartschaftsrechts des Vorbehaltskäufers auf aufschiebend bedingter Fahrnisüber-eignung, die hier zum Vergleich heranzuziehen ist, den Vorbehaltsverkäufer als Drittschuldner angesehen und hierbei besonders auf die Bestimmungen der §§ 160 Abs. I, 161 Abs. I Satz 1 und 162 Abs. II BGB hingewiesen. 229) Das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers ist nach § 161 Abs. I Satz 1 BGB dadurch ge-sichert, dass anderweitige Verfügungen über die Kaufsache, insbesondere eine anderweitige Übereignung grundsätzlich wirksam, dem Käufer gegenüber jedoch unwirksam sind. Kommt der Verkäufer, was immerhin denkbar ist, in die Lage, über den Kaufgegenstand auch mit Wirksamkeit gegenüber dem Vorbehaltskäufer verfügen zu müssen, so bedarf er dessen Zustimmung. 230) Ist das Anwartschafts-recht gepfändet, muss der Vorbehaltskäufer auch noch die Zustimmung des Pfän-dungspfandgläubigers einholen, um mit Wirkung gegenüber allen über sein Eigen-tum verfügen zu können. 231) Hierbei zeigt sich, dass sein Eigentum durch die Pfändung des Anwartschaftsrechts berührt wird.

Anders ist die Rechtssituation bei der Pfändung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung. Der Veräusserer kann selbst an einen das Vorhandensein des Anwart-schaftsrechts kennenden Dritten das Eigentum am Grundstück vollwirksam übertra-gen, ohne dass hierzu die Zustimmung des Auflassungsempfängers, oder nach Pfändung des Anwartschaftsrechts auch die des Pfändungspfandgläubigers notwendig ist. Das Eigentum des Veräusserers ist also durch die Pfändung des Anwartschafts-rechts aus der Auflassung eben nicht berührt. Die Annahme, dass der Grundstückseigentümer bei Pfändung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung "Drittschuld-ner" sei, würde zu unangemessenen Ergebnissen führen. In entsprechender Anwen-dung des § 829 ZPO, wie es § 857 Abs. I ZPO vorschreibt, könnte das sog. arrestatorium des § 829 Abs. I Satz 1 ZPO für den Veräusserer, da man auf sein noch bestehendes Eigentum am Grundstück abstellen muss, nur die Bedeutung eines relativen Veräusserungsverbots zu Gunsten des Pfändungspfandgläubigers ha-

229) BGH NJW 1954, 1326.

230) Die relative Unwirksamkeit zugunsten des Käufers dient nur seinem Schutz. (Die Möglichkeit einer allg. wirksamen Verfügung bei Gutgläubigkeit des zwischenzeitlichen Erwerbers soll ausser Acht gelassen werden, § 161 Abs. III BGB).

231) Die Überweisung des Anwartschaftsrechts - § 835 ZPO - erfolgt nur zur Ein-ziehung, da das Anwartschaftsrecht keinen Nennwert hat. Daher bleibt der Schuldner (Käufer) Inhaber des Anwartschaftsrechts und muss zur Aufhebung desselben zustimmen (betreffend das Anwartschaftsrecht aus aufschiebend be-dingter Fahrnisübereignung).

ben. 232) Es ist aber andererseits anerkannt, dass dem Pfändungspfandgläubiger keine bessere Rechtsstellung eingeräumt werden kann, als sie sein Schuldner gegenüber dem Drittschuldner hat, arg. §§ 836, 840 ZPO, denn insoweit ist er Rechtsnachfolger des Schuldners. Der Auflassungsempfänger selbst ist nicht dinglich gegen anderweitige zwischenzeitliche Verfügungen des Veräußerers über das Grundstück geschützt, da die Bindung des Veräußerers nach §§ 925, 130 BGB für diesen keine Verfügungsbeschränkung begründet. Selbst bei Pfändung des schuldrechtlichen Übereignungsanspruchs vor der Auflassung wird, obgleich hier der Verkäufer eindeutig Drittschuldner ist - §§ 433 Abs. 1 Satz 1, 313 BGB -, angenommen, dass gem. § 829 Abs. 1 Satz 2 ZPO zwar ein Veräußerungsverbot für den Schuldner (Käufer) hinsichtlich des Anspruchs, nicht aber für den Drittschuldner (Verkäufer) hinsichtlich der Sache besteht. 233)

Es ist nicht zu verkennen, dass die Pfändung des Anwartschaftsrechts ins Leere geht, wenn der Veräußerer das Grundstück durch Auflassung und Eintragung anderweitig überträgt.

Der Pfändungspfandgläubiger wird daher, zumal wenn die Eintragung des Schuldners wegen noch zu beschaffender öffentlichrechtlicher Genehmigungen nicht alsbald erfolgen kann, versuchen müssen, die Eintragung einer Vormerkung zu erwirken. Voraussetzung hierfür ist die Pfändung der Nebenansprüche, die nach allgemeinen Grundsätzen mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Veräußerer, der insoweit Drittschuldner ist, wirksam wird. Der Gläubiger muss jedoch ausdrücklich nur die Nebenansprüche pfänden lassen, um klarzustellen, dass er wegen bereits erfolgter Auflassung nicht das Verfahren nach § 848 Abs. 1, II ZPO wählen kann. Hierfür ist der Nachweis der bereits erfolgten Pfändung des Anwartschaftsrechts zu erbringen, da einem anderen als dem Pfandgläubiger mangels eines Rechtsschutzbedürfnisses die Pfändung der Nebenansprüche mit dem Ziel der Verwertung im eigenen Interesse versagt ist. 234) Damit der Gläubiger auf Grund des Pfändungspfandrechts an den Nebenansprüchen vom Veräußerer die Bewilligung einer Vormerkung verlangen oder die Eintragung einer solchen durch Erwirkung einer einstweiligen Verfügung herbeiführen kann, bedarf es keiner rechtsanalogen Anwendung des § 1283 BGB, da das Pfändungspfandrecht das gepfändete Recht in weiterem Umfang erfasst, als das vertragliche Pfand-

232) Diese Folgerung zieht Hoche NJW 1955, 933, wenn er sagt, dass dem Veräußerer verboten werden muss, zum Nachteil des Pfandgläubigers über das Grundstück weiter zu verfügen.

233) Baumbach-Lauterbach Anm. 2 B zu § 847 ZPO für die Pfändung des schuldrechtlichen Anspruchs auf Übereignung von Fahrnis.

234) Dies folgt daraus,¹ dass die Nebenansprüche nur an den Inhaber des Anwartschaftsrechts abgetreten werden können, vgl. oben Seite 39.

recht. 235)

Im übrigen kann die Rechtsordnung, um dem Gläubiger den Zugriff in das Vermögen seines Schuldners mit dem Ziel bestmöglicher Befriedigung zu erleichtern, zwar dem Schuldner Verfügungsverbote auferlegen oder ihn sonst in der Ausübung seiner Rechte zum Nachteil des Gläubigers beschränken; nicht aber darf über das unbedingt notwendige Mass in die Rechtsstellung an sich unbeteiligter Dritter eingegriffen werden. Dass unser Vollstreckungsrecht diese Grundsätze beachtet, zeigt sich in der verschiedenen Ausgestaltung von "arrestatorium" und "inhibitorium" in § 829 Abs. I ZPO.

2. Die Verwertung des gepfändeten Anwartschaftsrechts.

Da die Pfändung des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung nur zu dem Zweck erfolgt, den Pfandgläubiger instand zu setzen, den Eigentumserwerb des Schuldners und damit die Entstehung einer Sicherungshypothek herbeizuführen, scheidet eine Verwertung des Anwartschaftsrechts, etwa in der Form des § 857 Abs. V ZPO aus. 236) Daher entfällt ein Überweisungsbeschluss, der die Verwertung des gepfändeten Rechts gem. §§ 857 Abs. I, 835 ZPO einleitet. 237) Ein solcher ist auch nicht erforderlich, damit der Pfandgläubiger beim Grundbuchamt den Antrag stellen kann, den Schuldner als Eigentümer einzutragen. Dieses Recht folgt aus § 13 Abs. II GBO, weil die Eintragung des Schuldners, die eine Surrogationsicherungshypothek entstehen lässt, den Gläubiger unmittelbar begünstigt.

3. Die Antragsbefugnis von Schuldner (Auflassungsempfänger) und Veräusserer.

Da der Pfandgläubiger ein selbständiges Antragsrecht auf Herbeiführung der Eintragung des Schuldners hat - § 13 Abs. II GBO - ist er nicht darauf angewiesen, dass der Veräusserer oder der Schuldner den Eintragungsantrag stellt. Gegenüber der Verpfändung gilt jedoch bei der Pfändung des Anwartschaftsrechts die Besonderheit, dass der Eintragungsantrag des Schuldners nur mit Zustimmung des Pfändungspfandgläubigers zum Erfolg führt. Das Antragsrecht des Schuldners nach § 13 Abs. II GBO bleibt zwar von der Pfändung des Anwartschaftsrechts unberührt; diese bewirkt aber, dass der Schuldner dem Veräusserer gegenüber nur mit Zustim-

235) Hiermit wird auch begründet, dass im Gegensatz zu § 1258 Abs. III BGB das Pfändungspfandrecht am Erbteil sich in einem Pfandrecht an den dem Schuldner bei der Auseinandersetzung zufallenden Gegenständen fortsetzt, Ripfel, NJW 1958, 692.

236) Hoche NJW 1955, 932.

237) OLG München BayJMBI. 1953, 10; Hoche NJW 1955, 932.

mung des Pfändungspfandgläubigers die Erwerbsbefugnis hat. Dies folgt daraus, dass § 829 Abs. I Satz 2 ZPO dem Schuldner jede Verfügung über das gepfändete Recht verbietet; das BayObLG leitet dieses Ergebnis aus der "allgemeinen Rechtswirkung des Pfändungspfandrechts" ab. 238) Ist dem Grundbuchamt die Pfändung des Anwartschaftsrechts durch Mitteilung des Gläubigers bekannt, dann hat es die Eintragung ebenso abzulehnen, wie wenn dem Schuldner die Herbeiführung des Eigentumserwerbs (dem Veräußerer gegenüber) durch ein Erwerbsverbot auf Grund einer einstweiligen Verfügung untersagt wäre. 239)

238) BayObLG JFG 9, 233.

239) Hoche, NJW 1955, 932.

IV. A B S C H N I T T

DAS ANWARTSCHAFTSRECHT AUS DER AUFLASSUNG IN
KONKURS UND ZWANGSVERSTEIGERUNG.

§ 9 GRUNDSATZFRAGEN.

Das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung gibt weder ein Aussonderungsrecht im Konkurs des Eigentümers nach § 43 KO noch ist es ein der durch Zwangsversteigerung erfolgenden Zwangsvollstreckung in das Grundstück entgegenstehendes Recht im Sinne des § 9 Ziff. 2 ZVG.

Das Aussonderungsrecht nach § 43 KO setzt die Nichtzugehörigkeit des auszusondernden Gegenstandes zu der Konkursmasse voraus. Nicht ganz geklärt ist dagegen der Begriff des "der Zwangsvollstreckung entgegenstehenden Rechts" gem. § 9 Ziff. 2 ZVG. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift kann nur ein Recht eines nicht mit dem Schuldner des Vollstreckungsverfahrens identischen Dritten in Frage kommen, das durch eine **formal-ordnungsgemäße** Zwangsversteigerung in seinem gegenwärtigen oder zukünftigen Bestand beeinträchtigt wird, ohne dass der Dritte diesen Eingriff nach dem materiellen Inhalt des Rechts den Vollstreckungsgläubigern gegenüber zu dulden bräuchte. 240)

Beim Anwartschaftsrecht aus der Auflassung ist entscheidend, dass das Grundstück bis zur Eigentumsumschreibung im Vermögen des Veräußerers verbleibt, also auch bis zu diesem Zeitpunkt dem Zugriff seiner Gläubiger ausgesetzt ist, ohne dass der Anwartschaftsberechtigte sie hindern könnte 241) oder wenigstens die Vollstreckungsmassnahmen nicht gegen sich gelten lassen müsste. 242)

Es kann daher nicht vom Anwartschaftsrecht als einem von vornherein im Konkursverfahren über das Vermögen des Veräußerers und in der Zwangsversteigerung durchsetzbaren Recht ausgegangen werden, sondern es muss an Hand der gesetzlichen Bestimmungen geprüft werden, unter welchen Voraussetzungen das Eigentum am Grundstück erworben werden kann, wenn vor der Eigentumsumschreibung

240) Reinhard-Müller-Dassler-Schiffhauer Anm. 4 a zu § 9 ZVG.

241) RGZ 81, 68.

242) Vollstreckungsmassnahmen gegen den Vorbehaltsverkäufer in die Kaufsache sind dem Inhaber eines Anwartschaftsrechts aus aufschiebend bedingter Fahrnisübereignung gegenüber unwirksam, § 161 Abs. 1 Satz 2 BGB.

das Konkurs- oder Zwangsversteigerungsverfahren eröffnet worden ist. Erst dann kann festgestellt werden, wann das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung stark genug ist, um auch im Konkurs oder in der Zwangsversteigerung des Grundstücks realisiert werden zu können.

§ 10 DAS ANWARTSCHAFTSRECHT IM KONKURS.

I. DIE RECHTSLAGE BEI KONKURSERÖFFNUNG VOR STELLUNG DES EINTRAGUNGSANTRAGS BEIM GRUNDBUCHAMT.

Mit der Eröffnung des Konkursverfahrens verliert der Gemeinschuldner die Befugnis, über sein Vermögen zu verfügen, § 6 KO. Rechtshandlungen, zu denen auch die durch Auflassung und Eintragung sich vollziehende Grundstücksveräußerung zählt, sind unwirksam, § 7 Abs. I KO, 1. Halbsatz. Für Grundstücke macht jedoch Halbsatz 2 a. a. O. eine Ausnahme, so dass das Eigentum noch erworben werden kann, wenn spätestens bis zum Eingang des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt der Erwerber die Konkurseröffnung nicht kannte und der Konkursvermerk nicht im Grundbuch eingetragen war, § 15 Satz 2 KO; § 892 Abs. I Satz 2, Abs. II BGB. ²⁴³⁾ Voraussetzung ist aber, dass die Eintragung im Grundbuch erfolgte, weil § 892 Abs. II BGB, auf den § 15 Satz 2 KO verweist, nur den für die Unkenntnis der Verfügungsbeschränkung massgebenden Zeitpunkt im Rahmen des redlichen Eigentumserwerbs vorverlegt. Die Eigentumsumschreibung hat jedoch schon zu unterbleiben, wenn dem Grundbuchamt die Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Grundstückseigentümers bekannt ist. Das Grundbuchamt muss von Amts wegen darauf achten, ob der Veräußerer im Zeitpunkt der Vornahme der Eintragung als konstitutiven Elementes der Grundstücksübereignung noch verfügungsbefugt ist, ²⁴⁴⁾ weil es nicht dazu beitragen darf, das Grundbuch unrichtig zu machen.

II. DIE RECHTSLAGE BEI KONKURSERÖFFNUNG NACH EINGANG DES EINTRAGUNGSANTRAGS BEIM GRUNDBUCHAMT.

Der durch die Konkurseröffnung herbeigeführte Verlust der Verfügungsbefugnis des Veräußerers hindert den Eigentumserwerb des Auflassungsempfängers nicht, § 15 Satz 2 KO, § 878 BGB. In diesem Fall ist das Anwartschaftsrecht so stark, dass der Eigentumserwerb grundsätzlich durchgesetzt werden kann. Da § 878 BGB den Eigentumserwerb ohne Rücksicht auf die nach der Auflassung und dem Eingang des Eintragungsantrags eintretende Verfügungsbeschränkung ermöglicht und damit

²⁴³⁾ Böhle-Stamschräder, Anm. 5 zu § 7 KO.

²⁴⁴⁾ RGZ 71, 40.

einen Erwerb vom Noch-Berechtigten zugrundelegt, ist es unerheblich, ob nach Eingang des Eintragungsantrags der Konkursvermerk eingetragen wird ²⁴⁵⁾ oder der Auflassungsempfänger von der Konkursöffnung Kenntnis erlangt. Redlichkeits-erwägungen im Sinne von § 892 BGB erübrigen sich, wenn § 878 BGB eingreift. ²⁴⁶⁾

Bestritten ist, ob auch dann, wenn § 878 BGB Anwendung findet, der Konkursverwalter das Wahlrecht nach § 17 KO ausüben kann. ²⁴⁷⁾

Man wird dies verneinen müssen. Die Bestimmung des § 15 Satz 2 KO, wonach im Falle des § 878 BGB die Konkursöffnung einem Erwerb von Grundstücksrechten nicht entgegenstehen soll, wäre hinfällig, wenn der Konkursverwalter Nicht-erfüllung wählen und das Anwartschaftsrecht bzw. das Eigentum nach erfolgter Eigentumsumschreibung kondizieren könnte. Dem Wahlrecht des Konkursverwalters steht auch der Zweck des § 878 BGB entgegen, der dahin zu umschreiben ist, dass die Parteien, die auf den Zeitpunkt der Eintragung als einen internen Vorgang beim Grundbuchamt keinen Einfluss nehmen können, in ihrer Rechtsstellung durch Verfügungsbeschränkungen des Veräußerers zwischen Eingang des Eintragungsantrags und Eintragung nicht mehr beeinträchtigt werden sollen. Dies wäre aber im Ergebnis bei der Erfüllungsablehnung gem. § 17 KO der Fall. Die Konkursgläubiger werden auch ohne das Wahlrecht des Konkursverwalters nicht benachteiligt. An Stelle eines etwaigen Schadensersatzanspruchs gegen den Konkursverwalter wegen unsachgemässer Wahlrechtsausübung nach § 82 KO bleibt immer noch eine Konkursanfechtung möglich. ²⁴⁸⁾

Bedenken gegen diese Auffassung könnten allenfalls mit dem Hinweis darauf vorgebracht werden, dass der Käufer seinen schuldrechtlichen Eigentumsverschaffungsanspruch nur durch eine Vormerkung zu sichern brauche, um das Wahlrecht des Konkursverwalters auszuschliessen. Wenn jedoch das Wahlrecht des Konkursverwalters nur bei Eintragung einer Vormerkung gem. § 24 KO hätte ausgeschlossen werden sollen, dann hätte das bei § 15 KO zum Ausdruck gebracht werden müssen, da bei unbefangener Betrachtung des § 15 KO die Annahme näher

²⁴⁵⁾ Der Konkursvermerk hat in diesem Fall ausnahmsweise nicht die Wirkung einer Grundbuchsperrung, Palandt-Hoche, Anm. 5 a-b zu § 878 BGB.

²⁴⁶⁾ Schönfeld, NJW 1959, 1417.

²⁴⁷⁾ Da mit der Auflassung der Übereignungserfolg noch nicht eingetreten ist, will die h.M. (RGZ 85, 403; 113, 405) grundsätzlich den § 17 KO anwenden. Für den Fall des § 15 Satz 2 KO mit § 878 BGB bejaht Jäger-Lent, Anm. 11 ^β zu § 17 KO die Anwendbarkeit dieser Bestimmung. Dagegen Bauknecht, NJW 1956, 1178 mit Nachweisen.

²⁴⁸⁾ RGZ 81, 427.

liegt, dass auch mittelbar durch die Möglichkeit, gem. § 17 KO Nichterfüllung zu wählen, der durch § 878 BGB gesicherte Erfolg nicht noch vereitelt werden sollte.

§ 11 DIE RECHTE DES AUFLASSUNGSEMPFÄNGERS IM ZWANGSVERSTEIGERUNGSVERFAHREN.

I. BESCHLAGNAHME DES GRUNDSTÜCKS VOR EINGANG DES EINTRAGUNGS- ANTRAGS BEIM GRUNDBUCHAMT.

Der Konkursöffnung entspricht der Beschluss der Anordnung der Zwangsversteigerung eines Grundstücks. Der Anordnungsbeschluss hat mit der Zustellung an den Schuldner oder mit dem Eingang des Ersuchens um Eintragung des Versteigerungsvermerks im Grundbuch (wenn die Eintragung alsbald erfolgt) die Beschlagnahme des Grundstücks zur Folge, die sich in einem Veräußerungsverbot zu Gunsten des betreibenden Gläubigers auswirkt, §§ 20 Abs. I, 22 Abs. I, 23 Abs. I Satz 1 ZVG.

Ist der Versteigerungsvermerk im Grundbuch noch nicht eingetragen, dann erwirbt der Auflassungsempfänger das Grundstück auch mit Wirkung gegenüber dem durch die Beschlagnahme Geschützten, wenn ihm bis zum Zeitpunkt des Eingangs des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt die Beschlagnahme bzw. die Stellung des Versteigerungsantrags nicht bekannt war und die Eigentumsumschreibung erfolgt, § 925 BGB, §§ 23 Abs. II Satz 1 ZVG; 136, 135 Abs. II, 892 Abs. I Satz 2, Abs. II BGB. Das trotz der Beschlagnahme redlich erworbene Eigentum ist ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht, so dass das Verfahren nach § 28 ZVG aufzuheben ist. Es handelt sich hierbei um eine Aufhebung von Amts wegen, die nur möglich ist, wenn sich das entgegenstehende Recht aus dem Grundbuch ergibt. Dies ist dann der Fall, wenn der Versteigerungsvermerk bis zur Eigentumsumschreibung nicht im Grundbuch eingetragen war, weil damit die Möglichkeit redlichen Erwerbs des Eigentums am Grundstück infolge Unkenntnis der Beschlagnahme, wofür eine Vermutung spricht (arg. Wortlaut des § 892 Abs. I Satz 2: "... so ist die Beschränkung ... nur wirksam, wenn ... sie dem Erwerber bekannt ist"), in Betracht kommt. In allen anderen Fällen, insbesondere wenn der Versteigerungsvermerk erst nach Eingang des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt eingetragen wurde (§ 892 Abs. II BGB), muss der Erwerber selbst die Aufhebung der Zwangsversteigerung nach § 37 Ziff. 5 ZVG erwirken, wenn er sich auf redlichen Eigentumserwerb beruft.

Dies gilt jedoch nur, wenn die Zwangsversteigerung von einem Gläubiger betrieben wird, der wegen einer persönlichen Forderung gegen den noch eingetragenen Veräußerer Befriedigung aus dem Grundstück sucht. Ist das Zwangsversteigerungsverfahren wegen eines eingetragenen Rechts angeordnet, wird es gegen den bisherigen Schuldner ohne Rücksicht auf den erfolgten Eigentumswechsel fortgesetzt,

§ 26 ZVG. 249) Auf die Kenntnis oder Unkenntnis des Erwerbers von der Beschlagnahme kommt es nicht an, weil das dingliche Recht als Grundstücksbelastung auch ihm als neuen Eigentümer gegenüber wirkt.

II. BESCHLAGNAHME DES GRUNDSTÜCKS NACH EINGANG DES EINTRAGUNGSANTRAGS DES AUFLASSUNGSEMPFÄNGERS BEIM GRUNDBUCHAMT.

Das Eigentum am Grundstück, das der Auflassungsempfänger nach § 878 BGB trotz Eintritts einer Verfügungsbeschränkung des Veräußerers vor der Eintragung erwirbt, ist nur einem persönlichen Gläubiger gegenüber ein die Zwangsversteigerung hinderndes Recht, nicht aber einem dinglichen Gläubiger gegenüber. Das Verfahren wird immer fortgesetzt; nur wenn ein Gläubiger wegen einer persönlichen Forderung das Zwangsversteigerungsverfahren betreibt, kann der neue Eigentümer unter Berufung auf wirksamen Erwerb (§ 878 BGB) die "Aufhebung oder einstweilige Einstellung des Verfahrens" herbeiführen, § 771 ZPO, § 37 Ziff. 5 ZVG. 250) Das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung ist in dem Stadium nach Eingang des Eintragungsantrags nur einem solchen Gläubiger gegenüber ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht, der das Verfahren wegen einer persönlichen Forderung betreibt. Gegenüber einem dinglichen Gläubiger äussert es keine Rechtswirkungen.

III. DER BESITZ AM GRUNDSTÜCK - EIN DIE ZWANGSVERSTEIGERUNG HINDERNDEN RECHT ?

Die Übertragung des Besitzes bei der Grundstücksübereignung ist dadurch erleichtert, dass bei frei zugänglichen Grundstücken in der Auflassung auch die Einigung über den Besitzerwerb nach § 854 Abs. II BGB liegen kann. 251)

Für das Zwangsversteigerungsverfahren hatte das RG zunächst die Auffassung vertreten, dass der Besitz am Grundstück ein der Zwangsversteigerung entgegenstehendes Recht sei, was sich aus dem umfassenden Schutz ergebe, den die Rechtsord-

249) Rosenberg, § 198 III 1 b, Seite 1001; Steiner-Riedel, Anm. 4 zu § 26 ZVG (Seite 240, 241 oben).

250) Ein Beschluss des Prozessgerichts nach §§ 771 Abs. III, 769 ZPO hat keine unmittelbare Wirkung auf die Zwangsversteigerung, so dass die vom Prozessgericht gem. § 769 ZPO getroffene Massregel den Erlass eines Einstellungsbeschlusses durch den Versteigerungsrichter nicht entbehrlich macht, RGZ 70, 402 f.

251) Palandt-Hoche, Anm. 4 zu § 854 BGB a. E.

nung dem Besitz gewähre. 252)

Diese Rspr. hat das RG später aufgegeben. 253) Seine frühere Meinung war nicht haltbar. Der Besitz des Grundstückskäufers ist nach dem geltenden Liegenschaftsrecht für die dingliche Rechtsgestaltung bedeutungslos. Dem Käufer steht nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf Übereignung des Grundstücks zu, das bis zur Eigentumsumschreibung nach erfolgter Auflassung noch dem Vermögen des Veräusserers zugehört, ohne dass die Besitzverschiebung dies zu ändern vermag.

252) RGZ 116, 363.

253) RGZ 127, 9.

Z U S A M M E N F A S S U N G

I. DAS ANWARTSCHAFTSRECHT AUS DER AUFLASSUNG - EIN DINGLICHES RECHT ?

Das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung ist ein selbständiges Recht auf Erwerb des Eigentums am Grundstück. Damit gewährt es eine Beziehung zum Grundstückseigentum als Recht auf unmittelbare Sachbeherrschung, nicht aber schon eine unmittelbare zum Grundstück selbst. Man wird diese nur mittelbare Beziehung zur Sache für das Anwartschaftsrecht als Vorstufe eines dinglichen Rechts genügen lassen müssen. 254)

Diese Beziehung zum Grundstück als Objekt im Rahmen des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung ist insofern auch nicht auf eine Vermittlung durch die Person des Veräußerers gegründet, als der Eigentumserwerb sich ohne seine Mitwirkung allein durch eigenes Handeln des Anwärters (Herbeiführung der Eintragung, als Erwerbsvoraussetzung durch Antragstellung beim Grundbuchamt) oder durch Zeitablauf (Stadium nach Eingang des Eintragungsantrags bis zur Vornahme der Eintragung) vollzieht.

Die Anerkennung des Erwerbsrechts aus der Auflassung als dingliches Recht mit den dem Anwartschaftsrecht eigentümlichen Einschränkungen hinsichtlich der unmittelbaren Sachbeziehung liesse sich vertreten, wenn der Erwerb des Grundstücks durch den Anwärter nicht mehr durch eine dem Veräußerer bis zur Eigentumsumschreibung mögliche anderweitige Veräußerung des Grundstücks vereitelt werden könnte. Die Erscheinung, dass die mittelbare Beziehung des Berechtigten zur Sache deren Zugehörigkeit zum Vermögen der Person voraussetzt, von der sie durch Übertragung auf den Berechtigten übergehen soll, ist kennzeichnend für das Forderungsrecht. 255)

Die für den Erwerb des Eigentums massgebliche Voraussetzung der Zugehörigkeit des Grundstücks zum Vermögen des Veräußerers legt es nahe, das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung in die Kategorie der relativen Rechte einzureihen. 256)

Dagegen kann nicht eingewendet werden, es stehe mit dem Begriff des dinglichen Rechts nicht in Widerspruch, dass es durch Verfügungen eines anderen beeinträchtigt oder zum Erlöschen gebracht werden kann. 257) Hierbei handelt es sich nämlich 254) Westermann § 5 III 3 c Seite 31: "Im Rahmen des Inhalts des Anwartschaftsrechts ist der Gegenstand dem Berechtigten zugeordnet".

255) Westermann, § 1 II 3 b, Seite 5.

256) Perrey a. a. O. Seite 23; Hieber, DNotZ 1954, 175; 1955, 187.

257) Hoche, NJW 1955, 652.

lich durchwegs um Verfügungen eines Nichtberechtigten, die deshalb das dingliche Recht beeinträchtigen oder zum Erlöschen bringen, weil der Verfügende durch Besitz oder Grundbucheintrag legitimiert ist und redlichen Dritten gegenüber als Berechtigter angesehen wird, §§ 892, 893; 932, 161 Abs. I Satz 1, Abs. III BGB. Das Erlöschen des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung wird nicht dadurch bewirkt, dass ein Nichtberechtigter unmittelbar über das Recht verfügt, sondern dadurch, dass ein Berechtigter über sein Recht verfügt, was mittelbar den Erwerb dieses Rechts durch den Anwartschaftsberechtigten verhindert. Auf diese Weise kann aber nie ein dingliches, sondern nur ein obligatorisches Recht (relatives Recht) zum Erlöschen gebracht werden.

Die nur mittelbare Beziehung zum Grundstück selbst über das Recht auf Eigentumserwerb am Grundstück rechtfertigt nicht, das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung als dingliches Recht anzuerkennen. Wollte man sich andernfalls bei der Behandlung des Anwartschaftsrechts für die Frage der Dinglichkeit auf die nur mittelbare Beziehung des Anwartschaftsberechtigten zum Grundstück selbst beschränken, so wäre ein solcher Dinglichkeitsbegriff praktisch wertlos; wollte man diese mittelbare Beziehung dagegen ausdehnen, so würde man zu nicht mehr vertretbaren Ergebnissen gelangen, da dann folgerichtig die Wirksamkeit einer Verfügung, die der Eigentümer nach der Auflassung über das Grundstück vornimmt, gegenüber dem Auflassungsempfänger allenfalls nach Massgabe des § 161 Abs. I Satz 1 BGB beschränkt sein müsste. Dies kann de lege lata nicht zutreffend sein.

Das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung wird gelegentlich insofern als dinglich bezeichnet, als es auf den Erwerb eines dinglichen Rechts gerichtet ist. 258) Diese Terminologie ist ziemlich unglücklich, da sie zu erheblichen Missverständnissen Anlass gibt. Man sollte überhaupt nicht so sehr Schlüsse vom Vollrecht Eigentum her ziehen, sondern das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung als Recht auf den Erwerb des Eigentums an einem Grundstück vornehmlich daraufhin betrachten, wie die Rechtsordnung den Eigentumserwerb garantiert.

II. DIE PRAKTISCHE BRAUCHBARKEIT DES BEGRIFFS DES ANWARTSCHAFTSRECHTS AUS DER AUFLASSUNG.

Der Begriff des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung erlaubt es, das materielle Recht des Grundstückskäufers nach erklärter Auflassung auf Erwerb des Eigentums gegenüber dem Veräußerer konstruktiv richtig zu erfassen und es von den formellen Rechten des Erwerbers gegenüber dem Grundbuchamt sauber zu scheiden. Es

258) Hieber, DNotZ 1955, 187; Wolff-Raiser, § 2 II 3, Anm. 10, Seite 11.

hat sich gezeigt, dass das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung als Rechtsbegriff unerlässlich ist, um die Pfändung "der Rechte des Grundstückskäufers nach der Auflassung" dogmatisch einwandfrei zu klären. Die Tatsache, dass der Veräußerer anderweitig das Grundstück veräußern und damit das Anwartschaftsrecht aus der Auflassung zerstören kann, ergibt sich aus dem Fehlen einer dinglichen Rechtsstellung, stellt aber die Anerkennung des Begriffs des Anwartschaftsrechts aus der Auflassung nicht in Frage. An Hand des Gesetzes ist zu verfolgen, wie sich die Sicherung des Eigentumserwerbs im Laufe der Verwirklichung des Übereignungstatbestandes steigert (§ 878 BGB, §§ 17, 45 GBO). Schlussfolgerungen aus einem vorgegebenen Begriff des Anwartschaftsrechts sind grundsätzlich zu vermeiden.

L E B E N S L A U F

Am 28. Februar 1935 wurde ich, Robert Mayer, als Sohn des Polizeioberinspektors Ludwig Mayer in Altötting geboren. Im Jahre 1939 kam ich nach München und besuchte dort ab 1941 die Volksschule. Im Dezember 1946 trat ich in das Wilhelmsgymnasium in München ein und legte nach Abschluss der 9. Klasse im Jahre 1954 die Reifeprüfung ab.

Am 26. Oktober 1954 immatrikulierte ich mich an der Universität München und studierte dort 7 Semester Rechtswissenschaft. Am 17. Juli 1958 legte ich die erste juristische Staatsprüfung 1958/I ab. Seit 1. September 1958 stehe ich im Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar.

